

نظرات في قضاء المحكمة الدستورية العليا

بشأن تفسير مبادئ الشريعة الإسلامية

في الدستور

بحث منشور في المجلة العلمية لكلية الشريعة والقانون بطنطا – 2005م

الدكتور

محمد محمد عبده إمام

كلية الشريعة والقانون – طنطا

جامعة الأزهر

بين يدي البحث

الحمد لله الذي جعل شريعته حاكمة باقية ، وأكملها وأتمها فأضحت خالدة غير فانية ، وأوجب على العباد إتباع أحكامها السامية ، ووعدهم على اتباعها جنة عالية قطوفها دانية ، ونعمهم فيها بأنواع النعيم فقال كلوا وأشربوا هنيئا بما أسلفتم في الأيام الخالية .

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له خلق فسوى وقدر فهدى ، مالك الملك يعز ويذل ويرفع ويخفض له الملك كله وله الحكم كله وإليه يرجع الأمر كله علانيته وسره ، لا راد لقضائه ولا معقب لحكمه ، [وهو الله لا إله إلا هو له الحمد في الأولى والآخرة وله الحكم وإليه ترجعون] ^(١) .

وأشهد أن محمداً عبد الله ورسوله أرسله ربه بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ، وأمره بإبلاغ شريعته وإتباعها فقال تعالى : [ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون . إنهم لن يغنوا عنك من الله شيئا ٠٠٠ الآيات] ^(٢) .

وأمره سبحانه بالحكم بشريعته - وحدها - واتخاذها منهاجا وجعلها مهيمنة على غيرها من الشرائع وحاكمة عليها فقال تعالى : [وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه فاحكم

(١) القصص الآية رقم (٧٠) .

(٢) الجاثية الآية رقم (١٨ ، ١٩) .

بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم
شريعة ومنهاجا ٠٠٠ الآية [(١)] .

وبعد :

فلما كانت شريعة الله من الإحكام - كما ذكرنا - فإنها قد ظلت تحكم
حياة المسلمين في شتى مناحيها ، ما يربو على إثني عشر قرنا من الزمان ،
حتى وقع بالأمة أمر عظيم - خطط له سلفا - وأصبحت فريسة للمحتلين ردحا
من الزمان ، وكان من أول ما أعتنى به الغازي أن صوب نظره تجاه الشريعة
فاستبدلها بالقوانين الوضعية التي جعلها هي الحاكمة بدلا من الشريعة وأخذ
يقعد القواعد ويوصل الأصول ويعمد إلى تربية أجيال على هذا النهج حتى
خرج من أبناء الإسلام من يدعوا إلى هجران أحكام الشريعة والتخلي عنها
بزعم أنها سبب رئيسي لما تعانيه الأمة من أزمات ونكبات ، ولم يدر الغافل
أن النكبات التي حلت بالأمة ما كانت إلا نتيجة حتمية لتنحية الشريعة عن
التطبيق ، وأنه في إبان تطبيق الشريعة لم يكن هناك شيء من ذلك أبدا بل
كان المسلمون هم السادة وهم القادة الذين يوجهون الدنيا كلها ويقودونها
بشرع الله .

ثم استفاقت الأمة - بعد ذلك - وقد أسقط في أيديها غياب شريعة الله
عن التطبيق وما ترتب على ذلك من أزمات فعادت الأمة من جديد تطالب
بالتحاكم إلى شرع الله عز وجل وأضحى ذلك مطلبا عاما من جميع شعوب
الأمة .

(١) سورة المائدة الآية رقم (٤٨) .

وَمَعَ الْحَاجِّ الشُّعُوبِ فِي هَذَا الْأَمْرِ وَكَثْرَةِ الْمُنَادَاةِ بِهِ عَادَتِ الشَّرِيعَةُ
الْإِسْلَامِيَّةُ إِلَى الظُّهُورِ مَرَّةً أُخْرَى فِي صُورَةِ نَصُوصٍ قَانُونِيَّةٍ تَحْكُمُ جُزْءًا لَا
بِأَسْ بِه مِنْ حَيَاةِ النَّاسِ وَإِنْ كَانَ هَذَا الْعُودُ لَيْسَ عُودًا عَامًا أَوْ كَلِيًّا إِلَّا أَنَّهُ
يَكْفِي أَنْ الشَّرِيعَةَ الْإِسْلَامِيَّةَ قَدْ بَدَأَ التَّفَكِيرُ فِي عَوْدَتِهَا لِلْقِيَادَةِ وَالْحُكْمِ مَرَّةً
أُخْرَى .

وَكَانَ مِنْ أُبْرَزِ هَذِهِ الصُّوَرِ بَعْضُ نَصُوصِ الدِّسْتُورِ الْمِصْرِيِّ الصَّادِرِ
فِي ١٩٧١مَ وَالَّذِي نَصَّ فِي مَادَّتِهِ الثَّانِيَةِ عَلَى أَنَّ " الْإِسْلَامَ دِينَ الدَّوْلَةِ وَاللُّغَةَ
العَرَبِيَّةَ لُغَتِهَا الرَّسْمِيَّةُ وَمُبَادِئُ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ مَصْدَرُ رَأْيِي لِلتَّشْرِيعِ ، ثُمَّ
عُدِلَتِ الْفُقْرَةُ الْأَخِيرَةُ مِنَ النِّصِّ لِتَصْبِحَ " الْمَصْدَرُ الرَّئِيسِيُّ لِلتَّشْرِيعِ " بِدَلَا مِنْ
مَصْدَرٍ رَأْيسِي .

وَكَانَ هَذَا أَوَّلَ دِسْتُورٍ مِصْرِيٍّ فِي الْعَصْرِ الْحَدِيثِ يَنْصُ عَلَى ذَلِكَ
صَرَاحَةً ، وَقَدْ نَصَّ عَلَى ذَلِكَ - أَيْضًا - دِسْتُورُ دَوْلَةِ الْكُوَيْتِ ، وَدِسْتُورُ دَوْلَةِ
الْأُمَرَاتِ الْعَرَبِيَّةِ ، كَمَا أَنَّ الْمَمْلَكَةَ الْعَرَبِيَّةَ السُّعُودِيَّةَ تَتَّخِذُ مِنَ الشَّرِيعَةِ مِنْهَاجًا
لِحَيَاةِ شُعْبَا وَتُعْلَنُ فِي عَامَّةِ مَوَاقِفِهَا أَنَّهَا لَا تَرْضَى بِغَيْرِ شَرَعِ اللَّهِ بِدَلَا .

وَقَدْ عُلِقَتِ الْأُمَّةُ أَمَالًا عَرِيضَةً عَلَى عَوْدَةِ الشَّرِيعَةِ مَرَّةً ثَانِيَةً إِلَى
التَّطْبِيقِ ، وَغَدَتِ تَنْتَظِرُ وَتَتَرَبَّصُ بِتَطْبِيقِ النُّصُوصِ الْجَدِيدَةِ ، وَمِنْهَا الْمَادَّةُ
الثَّانِيَّةُ مِنَ الدِّسْتُورِ الْمِصْرِيِّ وَالَّتِي أُحِيطَ بِتَطْبِيقِهَا - عَمَلِيًّا - بِبَعْضِ اللَّبَسِ
وَالْغُمُوضِ حَتَّى أَنَّا وَقَدْ أَشْرَفْنَا عَلَى رُبْعِ قَرْنٍ مِنْ تَعْدِيلِ الدِّسْتُورِ فِي ٢٢
مَآيُو ١٩٨٠مَ وَمَا يَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ بِقَرَابَةِ الْعَشْرِ سِنَوَاتٍ مِنْذُ صُدُورِ الدِّسْتُورِ ،

ولم يتغير الوضع كثيرا عما كان عليه قبل صدور النص أو تعديله الأمر الذي جعلنا نعتنى به ونعرض له بشيء من التفصيل فى بحثنا هذا بإذن الله تعالى والله الموفق .

الباحث

دكتور / محمد محمد عبده إمام

المقدمة

١ - يعد الدستور القانون الأساسى فى أية دولة قانونية ، فهو الذى تؤسس من خلاله الهيئات الحاكمة فيها ويحدد لكل منها اختصاصاتها بما مؤداة أن تكون للقواعد الدستورية سيادة تجاه أعمال السلطات العامة ، ومن ثم تلتزم كل سلطة عامة عند قيامها بإنشاء نصوص أو أعمال قانونية أخرى أن تراعى أحكام القواعد القانونية الأعلى ، إذ لا يجوز لقاعدة أدنى تعديل أو إلغاء القاعدة الأعلى وإلا كانت مخالفة للمشروعية ^(١) .

٢ - كما يعد مبدأ علو الدستور من المبادئ المسلم بها ، بل ودون حاجة إلى النص عليها فى صلب الدساتير ^(٢) .

وتستند المرتبة العليا للقواعد الدستورية إلى مضمونها أولا ، وهو ما يطلق عليه " السمو الموضوعى للدستور كما تستند إلى الشكل الذى يحيط بالقاعدة الدستورية وهو ما يطلق عليه السمو الشكلى للدستور .

٣ - وانطلاقاً من هذا الأساس فإن الدستور يجد احترامه عند عامة الأفراد فى الدولة القانونية وينظرون إلى أحكامه بعين الاحترام إذ أنه يرسم صورة الدولة ويوضح هويتها ويؤكد عليها .

(١) أستاذنا د / سامى جمال الدين - القانون الدستورى والشرعية الدستورية على

ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا حتى نهاية عام ٢٠٠٠ ط ٢٠٠١ م بدون

ناشر ص ١٣٧ .

(٢) أستاذنا د / ماجد راغب الحلو - القانون الدستورى - دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٣

ص ١٤ .

لذا فإن كثيراً من الدول القانونية قد كفلت احترام الدستور بوسائل عديدة كان أهمها رقابة دستورية القوانين واللوائح وذلك من قبل هيئة قضائية متخصصة يكون لها وحدها القول الفصل في الحكم على القوانين واللوائح الصادرة عن السلطات العامة الأخرى .

٤ - ولقد جاء الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١ والمعدل في ١٩٨٠ معبراً عن هوية الدولة المصرية وانتمائها إلى الإسلام والعروبة - فقد جاء - الدستور - مبيناً حرص الدولة ممثلة في السلطة التأسيسية على ترسيخ الطابع الإسلامي للدولة فنص في المادة الثانية على أن " الإسلام هو دين الدولة " لأن الإسلام هو دين الغالبية العظمى من مواطني الدولة (١) .

٥ - كما جاء التأكيد - كذلك - على الانتماء العربي إذ أن الإسلام والعروبة وجهان لعملة واحدة ونزولاً على مقتضى ذلك قضت المادة الأولى من الدستور الحالي " بأن الشعب المصري جزء من الأمة العربية يعمل على تحقيق وحدتها الشاملة " كما قضت المادة الثانية منه على أن " اللغة العربية هي اللغة الرسمية للدولة " (٢) .

وإن كنا نرى أن نص الفقرة الأولى من المادة الثانية كان كافياً للدلالة على الانتماء والهوية ، فالإسلام هو دين الدولة الرسمي - وكذلك ينبغي أن يكون - إذ أنه ليس كغيره من الشرائع بل هو منهج حياة وطالما أقامته مصر

(١) أستاذنا د / محمود سامي جمال الدين - مرجع سابق - ص ٢١٣ .

(٢) المرجع السابق نفس الموضع .

بين ربوعها دون النص عليه في المواثيق أو الدساتير لأنه منهج متكامل فإنه لا يحتاج إلى مكملات ولا يعوزه استخدام مصطلحات المناهج الأخرى .

٦ - غير أنه لما بعدت الشقة بين الإسلام كمنهج حياة وبين المسلمين كنتيجة لازمة لما مرت به الأمة من أزمات احتيج إلى النص لبيان الهوية الإسلامية كما جاء في المادة الثانية من الدستور المصري الحالي ١٩٧١م المعدل في عام ١٩٨٠م .

ثم إن الأمر لم يقف عند هذا الحد بل عد ذلك توطئة وأساسا - كما يقول البعض - للاعتداد بمبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الرئيسي للتشريع بعد تعديل المادة الثانية من الدستور عام ١٩٨٠م مما أدى إلى تحول هذه المبادئ من كونها أحد المصادر الموضوعية للقانون إلى التسليم بها كمصدر رسمي للقانون ^(١) .

٧ - ونص المادة الثانية من الدستور له أهمية بالغة من جوانب عدة أهمها :

أولاً : لما كان الإسلام منهج حياة في العبادات والمعاملات والحكم والأقضية والسلم والحرب . . . الخ ، فإنه من الواجب خضوع الدولة وسائر مؤسساتها لقواعده وأحكامه وإلا كان هذا النص ليس له أية قيمة قانونية حقيقية .

ثانياً : ينبغي أن تتفق نصوص الدستور كذلك مع هذا النص لأنه

(١) أستاذنا د / محمود سامي جمال الدين - مرجع سابق - ص ٢١٤ .

وإن كان الواجب أن تتفق نصوص القوانين العادية مع أحكام الدستور مراعاة لمبدأ المشروعية إلا أننا نرى كذلك وجوب اتساق القواعد الدستورية مع بعضها البعض حتى لا تهدم قاعدة ما تبنيه الأخرى^(١) .

ثالثاً : اتفاق القواعد القانونية الصادرة عن البرلمان وكذلك النصوص اللاحقة مع القواعد الدستورية وإلا خالفت مبدأ المشروعية وأصبحت معيبة بعدم الدستورية ولا فرق في ذلك بين النصوص السابقة على الدستور أو النصوص اللاحقة عليه إذ أن القواعد المنطقية تقتضى ذلك وإلا كانت نصوص الدستور في ناحية والقوانين في ناحية أخرى رغم أن الجميع يعبر عن هوية الدولة واتجاهاتها .

٨ - ولما كانت الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح من أفضل الوسائل المؤدية إلى احترام نصوص الدستور وكان الدستور المصرى ١٩٧١م قد اختار هذا النوع من الرقابة ونظمها فى المواد من ١٧٤ إلى ١٧٨ فأنشأ المحكمة الدستورية العليا مبينا لبعض اختصاصاتها ومحىلا على القانون المنظم لها فى بيان بعض الاختصاصات الأخرى ثم صدر قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م فنظم دعوى الدستورية وبين نطاقها وشروطها وبين اختصاصات المحكمة الأخرى .

(١) راجع الأستاذ د . عبد الحميد متولى - الشريعة الإسلامية - مصدر أساسى للدستور ، تقديم الإمام الأكبر الدكتور / عبد الحليم محمود - منشأة المعارف ١٩٧٥م .

وما من شك فى أهمية إنشاء المحكمة الدستورية العليا وأهمية دورها الذى لا يستطيع أن يتجاهله أحد أو يتغافله . خاصة وأن أحكامها لها حجية وحجية مطلقة وملزمة لسلطات الدولة ولكافة كما جاء فى نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ م .

وقد أحدث وجود المحكمة توازناً كبيراً فى الدولة وفى الحياة القانونية بشكل عام كما يتضح ذلك جلياً فى مجال حماية الحقوق والحريات العامة على جهة الخصوص ^(١) .

وفى الحقيقة فقد اتضح أن الرقابة على دستورية القوانين هى الوسيلة الفعالة لبيان مخالفة القوانين للدستور أو عدم مخالفتها له ، ومن أجل ذلك فإنها تتصف بأهمية كبرى فى إرساء دعائم البنيان القانونى فى الدولة ووضع مبدأ المشروعية فيها موضع التطبيق ، كما أنها ضمانته أساسية لحسن نفاذ القاعدة الدستورية ^(٢) .

وقد أثبتت تجارب الدول المختلفة أن وجود محكمة دستورية عليا ينافى بها السهر على سلامة تطبيق أحكام الدستور يمثل ضمانته فعالة ضد إساءة تطبيق الدستور نصاً وروحاً .

ويقول كلسن فى هذا الشأن: أن البناء القانونى يقوم على مبدأ التدرج الهرمى للقواعد القانونية ، فكل قاعدة قانونية تستمد قوتها وشرعيتها من

(١) أستاذنا د / ماجد راغب الحلو - القانون الدستورى - مرجع سابق ص ٣٤٦ .

(٢) أستاذنا د / محمد السنارى - القانون الدستورى ونظرية الدولة والحكومة -

دراسة مقارنة - سنة ٢٠٠٣ بدون ناشر ص ٢٠٢ .

قاعدة قانونية تعلوها في المرتبة . والدستور هو قمة هذا الهرم والرقابة على دستورية القوانين هي الوسيلة التي يمكن بواسطتها المحافظة على بقاء الدستور في قمة هذا الهرم وذلك بصدر القواعد القانونية الأدنى مطابقة له وبالتالي تؤكد الرقابة مبدأ الشرعية (١) .

٩ - فالشاهد مما نقول أن الرقابة على دستورية القوانين لها أهميتها كما أن المحكمة الدستورية العليا في مصر لها أهمية خاصة ، ولها دور واضح في إرساء قواعد المشروعية في بلد عانى كثيرا من الشمولية والاستبداد بالسلطة وما ترتب على ذلك من ظلم سياسى وفساد وانحراف على كافة المستويات وفي جميع مؤسسات الدولة .

وإن كان دور المحكمة الدستورية في مصر كما ذكرنا من الأهمية إلا أننا لا نعرض لهذه الأهمية على جهة التفصيل وإن الذى يعنينا فى هذا المقام عرض بعض التطبيقات الدستورية - من المحكمة - للمادة الثانية من الدستور حيث أن المحكمة كان لها رأى واتجاه فى تطبيق المادة الثانية من الدستور المصرى الحالى ١٩٧١ والمعدل فى ١٩٨٠م والتي تنص - كما ذكرنا آنفا - على أن " الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع " .

وفى الحقيقة فإن ما نتعرض إليه من تطبيقات المحكمة الدستورية العليا بشأن المادة الثانية من الدستور لا يتناول جميع الأقضية التى قضت فيها

(١) كإشارة أستاذنا د . محمد السنارى - مرجع سابق - ص ٢٠٢ .

المحكمة في هذا الشأن وذلك بعرضها وتحليلها ومناقشتها وإنما نتناول بالتحليل والدراسة اتجاه المحكمة في جملة من المسائل لا تخرج عامة أحكامها بشأن المادة الثانية من الدستور عنها .

وتأتى هذه الدراسة في إطار دور المحكمة الذى نص عليه الدستور وفصله - كذلك - قانون المحكمة رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م فى المادة ٢٥ منه إذ نصت على أن المحكمة الدستورية العليا تختص دون غيرها بما يأتى:

أولاً : الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح .

ثانياً :

ثالثاً :

ومن هذا المنطلق فإن المحكمة الدستورية العليا قد نظرت عدة من القضايا المطعون فيها بعدم دستورية بعض النصوص القانونية لمخالفتها لنص المادة الثانية من الدستور ، وقد كان للمحكمة اتجاه قضائى وافقها فيه البعض وخالفها فيه آخرون وسوف نعرض فى هذه الدراسة لاتجاهات ثلاثة للمحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن :

أولاً : قضاء المحكمة بشأن القوانين النافذة قبل صدور الدستور

١٩٧١م أو قبل تعديل المادة الثانية منه فى ٢٢ مايو ١٩٨٠م .

ثانياً : تفسير المحكمة لمبادئ الشريعة الإسلامية وما ترتب على هذا

القضاء من نتائج .

ثالثاً : قضاء المحكمة بشأن النصوص غير المستمدة من الشريعة

وإن لم تكن مخالفة لها .

وسوف نتناول هذه المسائل بعد هذه المقدمة في مباحث ثلاث على النحو التالي :

١- المبحث الأول : قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأن القوانين

واللوائح السابقة على تعديل الدستور .

٢- المبحث الثاني : تفسير المحكمة الدستورية العليا لمبادئ

الشريعة الإسلامية .

٣- المبحث الثالث : قضاء المحكمة بشأن النصوص غير المستمدة

من الشريعة .

خاتمة البحث :

١- نتائج البحث .

٢- توصيات الباحث .

المبحث الأول

قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأن القوانين واللوائح

السابقة على تعديل الدستور

- سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إن شاء الله تعالى إلى مطلبين :
- المطلب الأول : اتجاه المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن .
 - المطلب الثاني : نظرات في اتجاه المحكمة في هذا الشأن .

المطلب الأول

اتجاه المحكمة في الرقابة على القوانين السابقة

على تعديل الدستور

يتضح اتجاه المحكمة الدستورية العليا في تطبيقها للمادة الثانية من الدستور - سالفه الذكر - من مطالعنا لحكمها الصادر بجلسة ٤/٥/١٩٨٥م في الدعوى رقم ٢٠ لسنة (١) قضائية دستورية وذلك بخصوص المادة رقم ٢٢٦ من القانون المدنى الصادر فى سنة ١٩٤٨م والمعمول به فى سنة ١٩٤٩م حيث تنص المادة - سالفه الذكر - على أنه " إذ كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به ، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره " .

ولما كانت هذه المادة قد قضت باستحقاق فوائد محددة القدر على مجرد التأخير فى الوفاء بالالتزام النقدي دفع بعدم دستوريته ، أما المحكمة الإدارية العليا فقضت بوقف الفصل فى الطعن رقم ٦١ لسنة ٢٢ قضائية ليرفع المدعى دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا وقام المدعى برفع دعواه أمام المحكمة الدستورية العليا التى قضت فيها بما يلى : " وحيث أن الدعوى أستوفت أوضاعها القانونية وحيث أن المدعى بصفته ينعى على نص المادة ٢٢٦ من القانون المدنى أنها إذ تقضى باستحقاق فوائد محددة القدر عن مجرد التأخر فى الوفاء بالالتزام النقدي تكون قد أنطوت على مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية التى أصبحت طبقا للمادة الثانية من الدستور " المصدر الرئيسى للتشريع " وذلك باعتبار أن تلك الفوائد تمثل زيادة فى الدين بغير مقابل ، فهى من الربا المتفق على تحريمه أخذاً بقوله تعالى : [وأحل الله البيع وجرم الربا] وهو من الأحكام الشرعية المقطوع بها ثبوتاً ودلالة والتى أصبحت بموجب المادة الثانية من الدستور فى مصاف القواعد القانونية الوضعية التى من شأنها نسخ ما كان سابقاً عليها متعارضاً معها من نصوص القوانين الوضعية نسخاً ضمناً إذ صارت بذاتها واجبة الإعمال دون حاجة إلى صدور قانون يقتنها .

وحيث أن القانون المدنى الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م فى ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨ والمعمول به ابتداء من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩م ينص فى المادة ٢٢٦ منه - محل الطعن - على أنه " إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود . . . الخ " وأوردت المادة سالفه الذكر .

ثم قالت المحكمة : وحيث أنه يبين من تعديل الدستور الذى تم بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠م أن المادة الثانية من الدستور أصبحت تنص على أن " الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع " بعد أن كانت تنص عند صدور الدستور فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١م على أن " الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للتشريع " والعبارة الأخيرة من هذا النص لم يكن لها سابقة فى أى من الدساتير المصرية المتعاقبة ابتداء من دستور سنة ١٩٢٣ وحتى دستور ١٩٦٤م .

وحيث أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح - المنوطة بالمحكمة الدستورية العليا - تستهدف أصلاً صون الدستور القائم وتأكيد احترامه وحمايته من الخروج على أحكامه وسبيل هذه الرقابة التحقق من التزام سلطة التشريع بما يورده الدستور فى مختلف نصوصه من ضوابط وقيود ومن ثم فإنه يتعين - عند الفصل فيما يثار فى شأن هذه التشريعات من مطاعن تستهدف نقص قرينة الدستورية - استظهار هذه الضوابط والقيود وتحديد ما وذلك للتعرف على مدى مخالفة تلك التشريعات لها .

وحيث أنه يبين من صيغة العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور - بعد تعديلها على نحو ما سلف - أن الدستور قد أتى بقيد على السلطة المختصة بالتشريع قوامه إلزام هذه السلطة - وهى بصدد وضع التشريعات - بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع وهو ما أشارت إليه اللجنة الخاصة بالإعداد لتعديل الدستور فى تقريرها إلى

مجلس الشعب والذي أقره المجلس بجلسته ١٩ يولية سنة ١٩٧٩ وأكدته اللجنة التي أعدت مشروع التعديل وقدمته إلى المجلس فناقشه ووافق عليه بجلسته ٣٠ أبريل سنة ١٩٨٠م إذ جاء في تقريرها عن مقاصد تعديل الدستور بالنسبة للعبارة الأخيرة من المادة الثانية بأنها تلزم البرلمان بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها ، فإذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكما صريحا ، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تمكن المشرع من التوصل إلى الأحكام اللازمة والتي لا تخالف الأصول والمبادئ العامة للشريعة

ولما كان مفاد ما تقدم ، أن سلطة التشريع اعتبارا من تاريخ العمل بتعديل العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور في ٢٢ مايو ١٩٨٠م أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة لتشريعات سابقة على هذا التاريخ ، بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية وبحيث لا تخرج - في الوقت ذاته - عن الضوابط والقيود التي تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع في صدد الممارسة التشريعية فهي التي يتحدد بها - مع ذلك القيد المستحدث - النطاق التي تباشر من خلاله المحكمة الدستورية العليا رقابتها القضائية على دستورية القوانين . لما كان ذلك وكان إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع على ما سلف بيانه لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه الإلزام بحيث إذا انطوى أي منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حومة

المخالفة الدستورية ، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ ، فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلا من قبله ، أى فى وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائما واجب الأعمال و من ثم فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن أعمال هذا القيد وهو مناط الرقابة الدستورية ، وأستندت المحكمة إلى تقرير اللجنة العامة بمجلس الشعب المقدم بجلسة ١٥ سبتمبر سنة ١٩٨١ - بعد تعديل الدستور - ومفاده أنه لا يجوز إصدار قانون فى المستقبل يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، كما يعنى ضرورة إعادة النظر فى القوانين القائمة قبل العمل بدستور سنة ١٩٧١م وتعديلها بما يجعلها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية ومع ذلك فإن الانتقال من النظام القانونى الحالى إلى نظام قانونى يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية يحتاج إلى فترة زمنية مناسبة حتى تجتمع هذه القوانين متكاملة فى إطار من القرآن والسنة وأحكام المجتهدين من الأئمة والعلماء " .

وانتهت المحكمة إلى قصر الالتزام بموافقة مبادئ الشريعة الإسلامية على التشريعات اللاحقة على فرض هذا الإلزام بما يترتب عليه من اعتباره مخالفا للدستور إذا لم يلتزم بهذا القيد ، إلا أن قصر هذا الإلزام على تلك التشريعات لا يعنى إعفاء المشرع من تبعة الإبقاء على التشريعات السابقة رغم ما قد يشوبها من تعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، وإنما يلقى على عاتقه - من الناحية السياسية - مسئولية المبادرة إلى تنقيح نصوص هذه التشريعات من أية مخالفات للمبادئ سالفه الذكر تحقيقا للاتساق بينها وبين التشريعات اللاحقة فى وجوب اتفاقها جميعا مع هذه المبادئ وعدم الخروج عليها .

وترتيباً على ما تقدم فإن القيد المقرر بمقتضى نص المادة الثانية من الدستور - بعد تعديلها - لا يتأتى إعماله بالنسبة للتشريعات السابقة عليه حسبما سلف بيانه ، وكانت المادة ٢٢٦ من القانون المدنى الصادر سنة ١٩٤٨م لم يلحقها أى تعديل بعد التاريخ المشار إليه - ٢٢ مايو ١٩٨١م - ومن ثم فإن النعى عليها وحالتها هذه - بمخالفة حكم المادة الثانية من الدستور وأياً كان وجه الرأى فى تعارضها مع مبادئ الشريعة الإسلامية - يكون فى غير محله . الأمر الذى يتعين معه الحكم برفض الدعوى ^(١) .

ونستطيع أن نستخلص من قضاء المحكمة الدستورية فى هذه الدعوى عدة نتائج :

١ - أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح - المنوطة بها المحكمة - تستهدف صون الدستور القائم وتأكيد احترامه وحمايته من الخروج على أحكامه وهذا ما أكدته المحكمة وتؤكدته دائماً فى جميع قضائها .

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم (٢٠) لسنة (١) قضائية دستورية والصادر بجلسة ٤ مايو سنة ١٩٨٥م ، والحكم منشور بالجريدة الرسمية العدد ٢٠ فى ١٦/٥/١٩٨٥م .

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا فى هذا الجانب على هذا الاتجاه الذى انتهت إليه فى هذه القضية وانظر أحكامها فى القضايا التالية - القضية رقم ١٤١ لسنة ٤ ق دستورية جلسة ٤/٤/١٩٨٧م ، القضية رقم ٧٠ لسنة ٦ ق دستورية بجلسة ٤ / ٤ / ١٩٨٧م ، القضية رقم ١٧ لسنة ٨ ق دستورية بجلسة ٢/٣ / ١٩٩٠ ، القضية رقم ٣٣ لسنة ١٠ ق دستورية بجلسة ١٩٩١/١/٥م ، القضية رقم ٦٧ لسنة ١٧ ق دستورية بجلسة ١٩٩٦/٩/١٩م - راجع أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء الرابع ، السابع .

٢- أن الدستور أتى بقيد على سلطة التشريع فى المادة الثانية قوامة
إلزام هذه السلطة بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستمداد الأحكام
المنظمة للمجتمع ومنها .

٣ - أن أعمال حكم المادة الثانية من الدستور لا ينصرف سوى إلى
القوانين التى تصدر بعد تاريخ التعديل الذى فرض فيه الإلزام ، وهذا هو محل
الخلاف وهو : ما سنناقشه بعد ذلك فى المطلب الثانى من هذا المبحث .

٤ - المسئولية السياسية - وليست القضائية - التى أتى بها قضاء
المحكمة والتى تقع على عاتق سلطة إصدار القوانين فى المبادرة إلى تنقيح
نصوص القوانين القائمة من أية مخالفات لمبادئ الشريعة الإسلامية تحقيقا
للاتساق بينها وبين القوانين اللاحقة فى وجوب اتفاقها جميعا مع هذه المبادئ
وعدم الخروج عليها فكل ما يقع على عاتق هذه السلطة هو التزام سياسى
فحسب .

٥ - استندت المحكمة فى قضائها هذا - فى عدم الحكم بعدم دستورية
المادة ٢٢٦ مدنى وعدم إلزام ولى الأمر بتعديلها وتعديل كل ما يخالف
مبادئ الشريعة بأن الدستور لم ينص على مدة زمنية محددة يلزم فيها المقنن
الوضعى بتعديل القوانين المخالفة بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية .

المطلب الثانى

نظرات فى قضاء المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن

تمهيد :

سبق وأن ذكرنا أن المحكمة الدستورية العليا ذهبت فى قضائها فى الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١ ق دستورية فى ٤ مايو ١٩٨٥م وفى غيرها من القضايا أن تعديل المادة الثانية من الدستور يلزم السلطات بالنسبة للقوانين اللاحقة فحسب دون السابقة على تاريخ ٢٢ مايو ١٩٨٠م استنادا إلى ما جاء فى تقرير اللجنة العامة بمجلس الشعب المقدم بجلسة ١٥/٩/١٩٨١م ، وتبين المحكمة من هذا التقرير قصد سلطة التعديل منه ، ونحن نرى أن قضاء المحكمة يحتاج إلى نظر فى هذه المسألة بل إلى نظرات ومن ثم فإتينا نعرض لوجهة نظر بعض الشراح فى هذا القضاء وتقييمهم له ، ثم نعرض لوجهة نظرنا بعد . وذلك فى فرعين صغيرين على النحو التالى :

- الفرع الأول : تقدير شراح القانون الدستوري لقضاء المحكمة .
- الفرع الثانى : رأينا فى اتجاه المحكمة .

الفرع الأول

رأى بعض شراح القانون الدستوري فى قضاء المحكمة

فى هذا الفرع سوف نعرض لآراء بعض شراح القانون الدستوري فى قضاء المحكمة فى هذا الجانب .

يرى البعض أن المحكمة قد أصابت وجه الحق في حكمها الصادر في الدعوى سالفة الذكر - خاصة إذا وضعنا في الاعتبار تفسير نص تلك المادة في ضوء المناقشات التي جرت بشأنها تقارير اللجنة التي وضعت التعديل والتي وافق عليها مجلس الشعب ^(١) .

ولكنه يقرر أن الرقابة القضائية على دستورية القوانين يدخل في اختصاصها ليس فحسب مخالفة القوانين الوضعية للدستور التي صدرت في ظلة ، بل يدخل في اختصاصها أيضا مخالفة القوانين الوضعية للدساتير التي تصدر بعد صدور تلك القوانين ^(٢) .

فإذا كان القانون الوضعي قد صدر صحيحا في ظل دستور معين ثم أتى دستور جديد ، وكانت تلك القوانين غير متفقة مع أحكامه فإنه يتعين في هذه الحالة الحكم بعدم دستوريته ، فالقوانين الوضعية يجب أن تكون متفقة دائما من أحكام الدستور القائم أيا كان تاريخ صدور هذه القوانين ، وذلك هو التطبيق السليم لمبدأ المشروعية .

(١) أستاذنا د . محمد السنارى - مرجع سابق ص ٤٨٢ .

(٢) المرجع السابق نفس الموضع ، وفي هذا شبه عدول من أستاذنا د . السنارى عن ترجيحه لاتجاه المحكمة وهو اتجاه لم تعمله المحكمة بشكل ظاهر إلا في تطبيقها للمادة الثانية من الدستور بعد تعديلها .

وذهب البعض إلى عدم الاتفاق مع قضاء المحكمة الدستورية من أنه لا يمكن إعمال القيد الذى استحدثه الدستور إلا بالنسبة للقوانين اللاحقة على فرضه دون القوانين السابقة على التعديل ومن ثم يرى أنه يتعين نفاذ مبادئ الشريعة الإسلامية على الفور على كافة القوانين السابقة واللاحقة على تعديل نص المادة الثانية ، بمعنى أن للقضاء أن يحكم بعدم مشروعية أو دستورية القوانين التى تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها قواعد قانونية واجبة النفاذ والإعمال بذاتها فوراً ، حتى ولو كانت سابقة النفاذ والسريان على التعديل المشار إليه وهو ما يؤدى إلى نسخ ما يتعارض منها مع تلك المبادئ (١) .

كما يرى أنه من تاريخ التعديل الدستورى للمادة الثانية من الدستور الحالى فى مصر سنة ١٩٨٠م فإن مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء قد أصبحت مصدراً رسمياً للقانون فى مصر باعتبارها من المبادئ العامة للقانون الكامنة والمستقرة فى ضمير ووجدان المجتمع المصرى .

ويترتب على ذلك أن القوانين اللاحقة لا يجوز لها مخالفة هذه المبادئ وإلا كانت باطلة - طبقاً لاتجاه المحكمة - أما القوانين القائمة وقت تعديل الدستور فإن كانت مخالفة صراحة لمبادئ الشريعة الإسلامية ولا يمكن الجمع بينهما فى التطبيق وفقاً لقواعد التفسير فما لا ريب فيه - عندنا - أن

(١) أستاذنا د . محمود سامى جمال الدين - مرجع سابق ، ص ٢١٨ وما بعدها .

هذه القوانين تعد منسوخة ضمنا من تاريخ سريان التعديل الدستوري للمادة الثانية من الدستور المشار إليه (١) .

ويؤكد البعض على أن الحكم بعدم ستورية نص يستتبع القضاء بعدم دستورية المواد المرتبطة به ارتباطا لا يقبل التجزئة وأن القوانين واللوائح الصادرة قبل الدستور طالما كانت مخالفة للدستور الجديد فإنه يقضى بعدم دستورتها (٢) .

وفي رأينا أن هذا ما يدعو إليه المنطق القانوني ويؤكد الإلتزام بضوابط المشروعية .

ويرى البعض : أن المحكمة الدستورية العليا قد بذلت جهدا كبيرا منذ إنشائها بالقانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩ م ومن قبلها المحكمة العليا - في حدود لا بأس بها - خاصة في مجال الحقوق والحريات غير أنه لا ينبغي أن نتوقع من المحكمة الدستورية العليا - وهي تعمل في بدل متخلف له مشاكله الكثيرة ولم يمض على قيامها غير سنوات قليلة - أن تقوم بدور مماثل لتلك التي تقوم به المحكمة العليا الأمريكية - مثلا - وذلك بسبب اختلاف الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، فضلا عن العمر الزمني للمحكمة (٣) .

(١) المرجع السابق بتصريف وتلخيص ص ٢١٩ ، ٢٢٠ .

(٢) المستشار حافظ عباس ، المحكمة الدستورية العليا ، نشأتها - تشكيلها - اختصاصها بحث منشور في مجلة النيابة الإدارية العدد الثالث يناير ١٩٩٩ م ص ١٧٧ .

(٣) أستاذنا د . ماجد الحلو - المرجع السابق ص ٣٤٥ وما بعدها .

كما أن دور المحكمة الدستورية العليا فى الرقابة على دستورية القوانين فى مصر ليس دورا قانونيا محضا ، ولكن الأمر يتجاوز ذلك ويختلف عنه من حيث الواقع فى حدود مملوسة ، بصرف النظر عن النصوص القانونية التى تحكم عمل المحكمة من الناحية النظرية (١) .

فالمحكمة - إذا أردنا الحقيقة - تراعى عند الفصل فى مسألة الدستورية بالإضافة إلى الاعتبارات القانونية اعتبارات سياسية ، وأخرى واقعية وثالثة متعلقة بحب البقاء (٢) .

ويدخل فى الاعتبارات الواقعية إمكانية تطبيق الحكم بعدم الدستورية - عملا - إذا ما حكمت به المحكمة دون ترتب عواقب وخيمة أو إحداث خلل جسيم فى نظام الدولة . فإذا رأت المحكمة أن الدراسة القانونية الخالصة لموضوع الدعوى تقضى إلى الحكم بعدم الدستورية ، فإنها لا تسارع فى إصدار حكمها قبل أن نتبين إمكانية تنفيذ هذا الحكم دون تعريض نظام الدولة لمخاطر كبيرة ، ومن ذلك ما قضت به المحكمة الدستورية العليا من رفض الدعوى المرفوعة بعدم دستورية حكم الربا أو الفوائد الإتفاقية المنصوص عليها فى المادة ٢٢٦ من القانون المدنى لمخالفتها للمادة الثانية من الدستور التى جعلت مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع وذلك بحجة أن هذه المادة من نصوص القانون المدنى الصادر سنة ١٩٤٨ هى أسبق من الدستور من حيث الصدور .

(١) أستاذنا د . ماجد راغب الحلو - مرجع سابق ص ٣٤٦ .

(٢) المرجع السابق ذات الموضوع .

ولعل المحكمة قد تجنبت الحكم بعدم دستورية حكم الربا لما يمكن أن يترتب على ذلك من نتائج خطيرة في المجال الاقتصادي نظرا لارتباط الاقتصاد المصري بالاقتصاد العالمي القائم على أساس نظام الفوائد الربوية . وذلك رغم أن نصوص الدستور أعلى درجة من نصوص القانون وأن النص اللاحق يلغى السابق إذا ما تعارض معه وكان من نفس الدرجة أو كان السابق من درجة أقل (١) .

(١) أستاذنا د . ماجد راغب الحلو - القانون الدستوري - مرجع سابق - ص

الفرع الثانى

رأينا فى اتجاه المحكمة

إن تقديرنا لاتجاه المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن لا يقلل بأى حال من الأحوال من أهمية دور المحكمة فى المجتمع المصرى بشكل عام وإنما يعد ذلك سعيًا منا للوصول بها إلى أكمل جوانب الرقى فى التطبيق كما أنه لا ينبغى لنا أن نعتقد أن المحكمة الدستورية العليا قد لا تقع فى الخطأ أو النسيان فى هذا الجانب خصوصًا وكلاهما مرفوع بفضل الله تعالى لذا فإننا نبين رأينا بشأن اتجاه المحكمة هذا فى عدة نقاط .

أولاً : القول بأن إعمال المادة الثانية من الدستور - بعد تعديلها - لا يلتزم به إلا فى القوانين اللاحقة على هذا التعديل دون السابقة عليه هو قول تنقصه الدقة - إذ أن الدستور هو القانون الأعلى والأساسى فى البلاد ، وطالما صدر الدستور أو عدل بالمخالفة للقوانين المعمول بها أو لبعضها فإن معنى ذلك أن هناك إتجاه شعبى عام نحو نسخ هذه القوانين المخالفة - طبقًا لمفهوم رقابة النسخ - أو إلغائها أما أن تظل هذه القوانين سارية المفعول بعد صدور الدستور فتعمل هى فى ناحية وتتجه نصوص الدستور إلى الناحية الأخرى فهذا ما لم يقل أحد بجوازه فضلًا عن مخالفته شكلاً وموضوعاً لقواعد المشروعية ومبدأ تدرج القواعد القانونية ^(١) .

(١) راجع فى مبدأ المشروعية وتدرج القواعد القانونية أستاذنا د . فؤاد النادى =

ثانيا : أن تعديل الدستور فى مادته الثانية بهذه الدقة يعد بمثابة عدول دستورى عن المصادر التى كانت تستقى منها القوانين المصرية إلى مصدر أولى ورئيسى وربما وحيد وهو مبادئ الشريعة الإسلامية .

إذ أنه - كما يقول البعض - قد جرت بشأن صياغة هذه المادة عدة مناقشات قبل تعديلها ١٩٨٠م - انتهى بعضها إلى أنه ما دامت الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا للتشريع - فحسب - وليست هى " المصدر الرئيسى للتشريع " فإن معنى ذلك أنها - الشريعة - لا تعدو كونها مصدر من مصادر عدة ومن ثم يجوز استقاء أحكام القانون منه أو من غيره من المصادر الأخرى (١) .

ورغم ما فى هذا التفسير من التجاوز وعدم الإنصاف ، لأنه إذا عرض على قواعد التفسير السليمة والمنطقية لتبين فسادة إذ يكفى نص الدستور فى مادته الثانية على الشريعة الإسلامية كمصدر رئيسى للتشريع وعدم نصه على غيرها ولاشك أن المنصوص عليه يقدم على المسكوت عنه .

= القضاء الإدارى وإجراءات التقاضى ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م بدون ناشر ص ٣٩ وما بعدها ، أستاذنا د . داود الباز - القضاء الإدارى دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية الجزء الأول سنة ١٩٩٥ بدون ناشر ص ٣٤ وما بعدها ، أستاذنا د . ماجد راغب الحلو - القضاء الإدارى - دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٥م ص ٢٦ وما بعدها ، أستاذنا د . محمود بسامى جمال الدين - القضاء الإدارى - الكتاب الأول ط الثالثة - أبو العزم للطباعة ص ٢٨ وما بعدها .

(١) أستاذنا د . محمد السنارى - مرجع سابق ص ٤٧٨ .

ومع ذلك فإن هذا التفسير كان هو السائد فكانت القوانين تستقى من الشريعة الغراء أو من غيرها من المصادر ولا توصم بمخالفة الدستور وإن خالفت مبادئ الشريعة الإسلامية في أحكامها .

ثم جاء التعديل بعد ما تبين أن نص المادة الثانية لم يغير من الأمر شيئا ومع ذلك ذهبت المحكمة هذا المذهب في تطبيقه مما يدل على عدم جدواه وأهميته .

ثالثا : أن تعديل صياغة المادة الثانية جاء كمطلب شعبي عام بحيث تكون الصياغة الجديدة لا تحتل تفسيراً ثانياً يخرجها عن مضمونها خاصة وأن الجميع قد علق آمالاً كبيرة في هيمنة الشريعة الإسلامية على القوانين في مصر فجاء نصها كالاتى " الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع ، وتم الاستفتاء الشعبى على التعديل وأصبح سارى المفعول فى ٢٢ مايو ١٩٨٠م (١) .

رابعا : استندت المحكمة الدستورية العليا فى قضائها إلى تقرير صادر من اللجنة العامة فى مجلس الشعب المقدم بجلسته ٩/١٥/١٩٨١م - أى بعد تعديل الدستور وسريانه بأكثر من عام - وذلك لاستخلاص قصد سلطة التعديل من نص المادة الثانية .

(١) المرجع السابق ص ٤٧٩ .

وهذا التقرير - فى رأينا - قد فرغ التعديل من محتواه وأفقد الصياغة الجديدة للمادة الثانية فعاليتها وكثيرا من الآمال التى كانت معقودة عليها .
إذا اعتقد الشعب والرأى العام بأن الصياغة الجديدة لنص المادة الثانية من الدستور من شأنها أن تحقق هيمنة الشريعة الإسلامية على القوانين فى مصر ^(١) .

كما أن هذا التقرير يصادم المنطق القانونى الذى سبق تقريره رغم صراحة التعديل الذى لم يعطى الفرصة هذه المرة لتأويل مأل أو حزلة متحزق ، إلا أن تقرير اللجنة العامة أفقد النص أهميته ، كما أن هذا التقرير لم يكن فى مخيلة الشعب والرأى العام الذى تم استفتاءه على التعديل ووافق عليه فى ٢٢ مايو ١٩٨٠ - ولم يطلع الشعب كذلك على قصد سلطة التعديل، كما أن نص المادة قد جاء خلوا من اعتباره مفروضا على القوانين اللاحقة لصدور فحسب إذ جاء النص مطلقا غير مقيد فينبغى إذا إعماله على إطلاقه دون الالتجاء إلى تقارير أو قصود .

كما أن هذا التعديل ربما لو عرض على الشعب - فى حينه - مع بيان تطبيقه على النصوص اللاحقة لصدوره - فحسب - لم يكن يوافق عليه خاصة وأن تعديل صياغة هذه المادة جاء تنفيذا لمطلب عام وشعبى كما ذكرنا .

(١) أستاذنا د . محمد السنارى - سابق ٤٧٩ .

خامسا : فى ضوء هذا القضاء فإننا نرى مع البعض - وبحق - أن نص المادة الثانية من الدستور لا يحقق سوى قدر ضئيل - جدا - من هيمنة الشريعة الإسلامية ، إذ أن المجموعات الكبرى للقوانين المصرية قد صدرت قبل تاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠م ومعنى ذلك أن الغالبية العظمى من القوانين المصرية تكون بمنأى عن رقابة الدستورية فى حالة مخالفتها للشريعة الإسلامية ، كما أن الدستور لم ينص على مدة زمنية محددة يجب خلالها تعديل القوانين السابق صدورها على ٢٢ مايو ١٩٨٠م بحيث تكون متفقة مع الشريعة الإسلامية وكل ما ورد بتقرير اللجنة العامة - التى اعتمدت عليه المحكمة - هو " ضرورة إعادة النظر فى القوانين القائمة قبل العمل بدستور ١٩٧١ " وتعديلها بما يجعلها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية ^(١) .

سادسا : أن الدستور لم يحدد مدة زمنية كى تقوم السلطات المختصة بتعديل القوانين السابقة على التعديل - كما ذكرنا - وهذا المعيار قد أخذت به المحكمة فى قضائها إذ ذهبت إلى أن " إنفاذ حكم المادة الثانية من الدستور لم يكن مشروطا بتدخل السلطة التشريعية لتبادر بنفسها إلى تنقية القوانين القائمة مما قد يشوبها من عوار مخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية . بل اقترن هذا التعديل بحثها - فقط - على أن تفعل ذلك ضمانا لاتساق هذه القوانين مع الأصول الكلية للعقيدة الإسلامية ^(٢) .

(١) أستاذنا د. السنارى - مرجع سابق ٤٨٣ وما بعدها .

(٢) راجع حكمها فى القضية رقم ٣٤ لسنة ١٧ ق دستورية فى ١٤/١/١٩٩٧م .

مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا المجلد الثامن .

ويرى البعض أن هذا القضاء من الخطورة بمكان لأن معناه أن المحكمة نصبت السلطة التشريعية قاضيا دستوريا بشأن القوانين السابقة على التعديل وهو أمر يتناقض بشدة مع الشرعية الدستورية^(١) .

لذلك فإننا نرى - مع البعض - أنه يجب أن تضاف فقرة إلى نص المادة الثانية من الدستور يحدد فيها فترة زمنية يتم خلالها تعديل القوانين الصادرة قبل ٢٢ مايو ١٩٨٠ م بحيث تكون متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية ، على أنه بعد فوات تلك الفترة يجوز الطعن على القوانين التي لم تعدل بعدم الدستورية إذا كانت مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية^(٢) ، خاصة وأنه قد مضى حوالى ربع قرن على التعديل الصادر فى ٢٢ مايو ١٩٨٠م دون أن تتحقق الهيمنة الكاملة للشريعة الإسلامية على القوانين فى مصر ، ودون أن تحقق المادة الثانية للدستور ما وضعت من أجله .

(١) .أستاذنا د . محمود سامى جمال الدين - مرجع سابق ص ٢٢٠ .

(٢) .أستاذنا د . محمد السنارى - مرجع سابق ص ٤٨٥ .

المبحث الثانى **اتجاه المحكمة الدستورية العليا** **بشأن مبادئ الشريعة الإسلامية**

تمهيد :

أخذت المحكمة الدستورية العليا اتجاهاً فى تفسيرها لمبادئ الشريعة الإسلامية التى نصت عليها المادة الثانية من الدستور باعتبارها المصدر الرئيسى للتشريع فاختارت منها أحكاماً ونصوصاً معينة وجعلتها وحدها هى مبادئ الشريعة ومقاصدها الكلية وتركت نصوصاً وأحكاماً أخرى ، لأنها ترى أنها لا تعد مبادئ وأصول وإنما يجوز الاجتهاد فيها إذ أن الأخذ بها دون اجتهاد لا يعد من المسلمات وسوف نعرض لقضاء المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن وما أخذت به وما ذهبت إليه فى تفسيرها لمبادئ الشريعة الإسلامية ثم بعد ذلك ننظر فى هذا القضاء سريعاً فى ضوء مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها العامة وذلك فى المطلبين التاليين على الوجه التالى :

المطلب الأول : قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأن مبادئ

الشريعة الإسلامية •

المطلب الثانى : نظرات فى قضاء المحكمة فى هذا الشأن •

المطلب الأول

قضاء المحكمة الدستورية العليا

بشأن مبادئ الشريعة الإسلامية

ذهبت المحكمة الدستورية العليا فى قضائها المطرد إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية - هى فقط - الأحكام الشرعية القطعية فى ثبوتها ودلالاتها باعتبار أنها وحدها التى يكون الاجتهاد فيها ممتنعا لأنها تمثل من الشريعة - كما تقول المحكمة - مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التى لا تحتمل تأويلا ولا تبديلا .

ومن غير المتصور - بالتالى - أن يتغير مفهومها تبعا لتغير الزمان والمكان إذ هى عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عليها أو الإلتواء بها عن معناها وتنصب ولاية المحكمة الدستورية فى شأنها ، على مراقبة التقيد بها ، وتغليبها على كل قاعدة قانونية تعارضها . ذلك أن المادة الثانية من الدستور ، تقدم على هذه القواعد - القانونية - أحكام الشريعة الإسلامية فى أصولها ومبادئها الكلية ، إذ هى إطارها العام وركائزها الأصيلة التى تفرض متطلباتها دوما بما يحول دون إقرار أية قاعدة قانونية على خلافها وإلا اعتبر ذلك تشهيا وإنكارا لما علم من الدين بالضرورة .

أما الأحكام الظنية غير المقطوع بثبوتها أو بدلالاتها أو بهما معا فليست كذلك - أى لا تمثل أصولا كلية - لأن دائرة الاجتهاد تنحصر فيها - كما تقول المحكمة - وهى بطبيعتها متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها ولمواجهة النوازل على اختلافها تنظيما لشئون

العباد بما يكفل مصالحهم المعتبرة شرعا على أن يكون الاجتهاد دائما واقعا في إطار الأصول الكلية للشريعة بما لا يجاوزها ملتزما ضوابطها الثابتة متحررا مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها كافلة صون المقاصد العامة للشريعة بما تقوم عليه من حفاظ على الدين والنفس والعقل والعرض والمال^(١) .

وأطرد قضاء المحكمة إلى اعتناق هذا التفسير وجعلت النصوص والأحكام الظنية محلا للاجتهاد والأحكام القطعية وحدها هي المقصودة والمبتغاة من نص المادية الثانية من الدستور والذي جاء عاما غير مقيد .

ومن ثم فإن المحكمة عادت وأكدت هذا القضاء في قضايا عديدة حتى غدا من المبادئ التي استقر عليها قضاء المحكمة وأصبح ما ذكرنا - من القضاء السابق - بمثابة استهلال أو مقدمة لقضاء المحكمة الدستورية العليا في أي قضية تتعلق بنص المادة الثانية من الدستور^(٢) .

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم ٥ لسنة ٨ ق دستورية بجلسة ٦ يناير ١٩٩٦م مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا الجزء السابع ص ٣٥٢ وما بعدها .

(٢) راجع القضية رقم ٢٦ لسنة ١٦ ق دستورية جلسة ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ المجموعة جزء ثامن ص ١٦٣ ، القضية رقم ١٨ لسنة ١٤ ق دستورية جلسة ٣ / ٥ / ١٩٩٧م مجموعة الأحكام الجزء الثامن ص ٦١١ وما بعدها ، القضية رقم ١٦ لسنة ١٧ قضائية دستورية جلسة ٧ / ٦ / ١٩٩٧م مجموعة الأحكام جزء ثامن ص ٦٦٧ .

وكما استقر قضاء المحكمة على أن يكون القانون قد صدر بعد تعديل الدستور ٢٢ مايو ١٩٨٠م واصبح من المبادئ المستقرة بالنسبة لها - ذكرناه في الفصل الأول - استقر قضاء المحكمة على تفسير مبادئ الشريعة هكذا .

وفي الحقيقة فإن المرء لا يملك إلا أن يعجب من هذا التفسير لمبادئ الشريعة وقصرها على النصوص القطعية في ثبوتها ودالاتها فحسب ، ولو أن هذا التفسير تقيد بالضوابط التي تحقق مقاصد الشريعة - والتي دعا إليها قضاء المحكمة مرارا - والاعتماد في الاستنباط على الأدلة الشرعية في مجموعها والأخذ بمناهج الاستدلال وقواعد الاستنباط وضوابطه لو أنه فعل ذلك ما انتهى - أبداً - إلى هذه النتيجة التي لم يقل بها أحد قبل ذلك .

إذ أن مناهج الاستدلال وقواعد الاستنباط - هذه - التي أسسها وأقامها الفقهاء ، وهم الذين فرقوا بين القطعي والظني وهم الذين أصلوا وفصلوا بغية الوصول إلى مقاصد الشريعة والتي كما دلت عليها النصوص القطعية فإن النصوص الظنية - كذلك - دلت عليها وأن هؤلاء الفقهاء ما فتؤوا يعملون بالنصوص الظنية ويدونونها في دواوين الإسلام حتى أننا نجد أن الفقه كله أو عامته مرده إلى النصوص الظنية .

فإذا بقضاء المحكمة لا يعول إلا على النصوص القطعية مع أن هؤلاء الفقهاء هم الذين أخذوا بأيدينا لمعرفة القطعي والظني كما جعل قضاء - الدستورية أضعف الآراء سنداً وبما يكون أكثرها ملائمة للأوضاع المتغيرة

ولو كان مخالفا لما استقر عليه العمل زمنا وهذا يحتاج منا إلى بعض التفصيل فيما بعد ^(١) .

ونستطيع أن نستقرأ من اتجاه المحكمة الدستورية العليا في هذا القضاء عدة أمور :

أولا : أن قضاء المحكمة حصر مبادئ الشريعة الإسلامية في عدة نصوص لا تزيد على بضعة آيات قرآنية وبضعة أحاديث نبوية ممثلة في النصوص قطعية الثبوت والدلالة .

ثانيا : أن عامة نصوص الشريعة ممثلة في النصوص الظنية والتي تزيد على ٩٥ % من نصوص الشريعة تعد - في قضاء المحكمة - متطورة تتغير بتغير الزمان والمكان لضمان مرونتها وحيويتها ، لذا فإنها تخضع للاجتهاد ويجوز الأخذ بأى رأى أو مذهب حتى ولو كان أضعف الآراء سندا لأنه ربما يكون ملائما للأوضاع المتغيرة كما لا يهم أن تكون النصوص الظنية صحيحة متنا وسندا إذ أن ذلك لا يمنع - في قضاء المحكمة - من النظر فيها .

ثالثا : أدى ذلك القضاء إلى طرح الإجماع . الدليل الثالث من أدلة الشرع - جانبا حتى ولو كان إجماع قديم منذ زمن الصحابة ، وكذلك القياس الصحيح كما سنبين بعد ذلك لأن الإجماع اجتهاد والاجتهاد هو جهد عقلى وليس إتباع نتاج عقل أحد من المجتهدين بأولى من الآخر .

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٨ لسنة ٣١٧ ق دستورية جلسة ٨ / ٥ / ١٩٩٦ ، مجموعة الأحكام جزء سابع من ٦٥٦ وما بعدها .

رابعاً : العدول عن الوسائل التي تبين حكم الله - عز وجل - في المسألة وطرق التفسير لكتاب الله تعالى الذي نزل بلغة العرب ونزل على سبعة أحرف كلها شاف كاف أو تفسيره بالسنة النبوية أو بأقوال الصحابة أو أئمة العلماء والمفسرين .

خامساً : أدى ذلك القضاء إلى غض الطرف عن كثير من السنة النبوية التي رويت في دواوين الإسلام كالصحيحين - كتابي البخاري ومسلم - وكتب السنة والمسانيد لمجرد أنها ظنية الثبوت وإعمال الذهن فيها وتقليبها يمّنة عن الأخرى ألف عام وظلت الأمة تتحاكم إليها دون حاجة إلى نظر أو اجتهد عقلي .

سادساً : يترتب على هذا القضاء - أيضا - طرح الثروة العلمية الهائلة التي تركها الأولون بترك اجتهداتهم أو انتقاء أضعفها سندا لأنها تقوم على نصوص ظنية فطالما أن الجميع مظنون فلا فرق بين الصحيح والضعيف . رغم اعتبار الفقه الإسلامي - مؤخرا - أحد المصادر التي تستقى منها محكمة العدل الدولية قضائها وثناء العقلاء من مفكرى الغرب وشراح القانون على الفقه الإسلامي^(١) .

وسوف نعرض لهذا القضاء في ضوء مبادئ الشريعة الإسلامية في نظرات سريعة في المطلب التالي .

(١) أ . د / عبد الحميد متولى - الشريعة الإسلامية كمصدر للدستور بتقديم الإمام الأكبر أ . د / عبد الحليم محمود - منشأة المعارف ١٩٧٥م المقدمة .

المطلب الثانى

تقدير قضاء المحكمة فى تفسيرها لمبادئ الشريعة الإسلامية

تمهيد :

استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأن تطبيق المادة الثانية من الدستور والتي تنص فى فقرتها الأخيرة على أن " مبادئ الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع " على أن هذه المبادئ تتمثل فى النصوص الشرعية قطعية الثبوت والدلالة - فحسب - أما النصوص الظنية فلا تعد من هذه المبادئ بل هى قابلة للاجتihad ، فأستلت المحكمة النصوص القطعية فى ثبوتها ودلالاتها من بين نصوص الشريعة وجعلتها وحدها له حجية دون غيرها .

وقد ذكرنا قبل ذلك - فى المقدمة - أن المادة الثانية تنص فى صدرها على أن " الإسلام دين الدولة " وطالما أن الإسلام دين الدولة الرسمى فمن الطبيعى أن تأتى القوانين واللوائح متفقة مع تعاليم الإسلام الذى تتقيد به الجماعة بصفة خاصة وأن الإسلام يتميز بأنه لا يقف عند حد تنظيم العلاقة بين الإنسان وخالفه - فحسب - ولكنه يتعدى ذلك إلى وضع نظام محدد للسلوك الاجتماعى يجب على المسلم إتباعه كأثر من آثار هذه العلاقة ونتيجة لها (١) .

(١) أستاذنا د . محمود سامى جمال الدين - القانون الدستورى - مرجع سابق

وحتى يتسنى لنا التدقيق النظر فى قضاء المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو التالى :

- الفرع الأول : نظرات على اتجاه المحكمة بشأن تفسير مبادئ الشريعة .
- الفرع الثانى : النصوص الظنية وحجيتها وأثرها فى التشريع .
- الفرع الثالث : قضاء المحكمة بشأن الترجيح بين المذاهب الفقهية .

الفرع الأول

نظرات فى اتجاه المحكمة الدستورية العليا بشأن تفسير مبادئ الشريعة

- ١ - سبق وأن تحدثنا فى المبحث الأول عن اتجاه المحكمة بشأن القوانين السابقة واللاحقة على تعديل الدستور فى ٢٢/٥/١٩٨٠م واستندت المحكمة إلى تقرير اللجنة العامة بمجلس الشعب فى تفسير وبيان القصد من التعديل رغم مخالفته للمنطق القانونى - كما ذكرنا - إلا أن المحكمة فى هذا الجانب - تفسير مبادئ الشريعة- لم تبين لنا من أين أستقت هذا الاتجاه الذى يعتبر النصوص القطعية فى ثبوتها ودلالاتها - وحدها - هى مبادئ الشريعة الإسلامية والتى يلزم عدم مخالفة أى قانون - لاحق على التعديل - لها .
- ٢ - ذهبت المحكمة إلى رأى شاذ يباعد بين الشريعة- فى مبادئها- وبين الفقه الإسلامى وكأن الفقه ليس من الشريعة وهذا نتيجة- حتمية ولازمة - لما ذهبت إليه من الاقتصار على النصوص القطعية فى ثبوتها ودلالاتها .

وفى الحقيقة فإن المباحدة بين الشريعة والفقه رأى محدث لم يقل به أحد من العلماء المعتبرين أو الفقهاء السابقين ، حتى جاء من يقول هذا شرعى - أى ورد فى الكتاب والسنة - وهذا فقهى أى اجتهاد عقلى يجوز قبوله أورده حتى ولو استند إلى نصوص شرعية لكنها ظنية على كل حال .

وفى الحقيقة فإننا نعجب من هذه التفرقة - الشاذة - التى ما أرادت إلا الحيلولة بين الأمة وبين الثروة العلمية الهائلة ممثلة فى الفقه الإسلامى الذى اعترف بمكانته وثرائه القاصى والدانى ، وكذلك التقليل من شأن الأولين ومكانتهم والزعم بأن كل واحد يستطيع أن يجتهد كما أجتهد الأولون كما أرجع - البعض - معظم المصائب والكوارث التى تمر بها الأمة والتى تلحق بالمسلمين إنما هى من جراء التمسك باجتهد الأولين الذى لم يعد صالحا فى الأزمنة اللاحقة لاجتهادهم الأمر الذى يحتم ضرورة إعادة الاجتهاد فى كل الأحكام الظنية وعدم الاعتماد بها ورفعها إلى مصاف مبادئ الشريعة الإسلامية^(١) .

(١) أستاذنا د . محمود سامى جمال الدين - القضاء الإدارى - مرجع سابق - ص ٨١ وما بعدها ، وأحكام المحكمة الدستورية العليا فى القضايا ، ٢٦ لسنة ١٦ ق دستورية فى ١٦/١١/١٩٩٦ م ، ١٨ لسنة ١٤ ق دستورية فى ٣/٥/١٩٩٧ م .

وراجع كذلك رسالة الدكتور / هشام محمد فوزى - رقابة دستورية القوانين دراسة مقارنة - مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان ١٩٩٩ م ص ٢٢١ وما بعدها .

٣ - رغم هذه الحملة - الشديدة - وهذا الإعراض عن الفقه الإسلامي باعتباره اجتهد عقليا إلا أن المحكمة التجأت في أصل تقسيمها للنصوص الشرعية إلى الفقه الإسلامي ، واستخدمت مصطلحاته دون أن تجد لها بديلا .

فالكلام عن القطعي والظني هذا التقسيم أصولي فقهي لم يرد في نصوص قطعية الثبوت والدلالة من الكتاب والسنة فالذي فرق بين القطعي والظني هم الفقهاء والأصوليون كما نوه قضاء المحكمة كثيرا إلى مقاصد الشريعة وهذه كذلك لم تعلم إلا من اجتهادات الفقهاء فكون الشريعة تقوم على حماية الدين والنفس والعقل والعرض والمال وأن هذه مقاصدها التي دعت دائما لصونها وكفالتها ، فهذا كذلك لا يعلم إلا من خلال الفقه الإسلامي الذي استخلص هذه المقاصد من بين نصوص الشريعة إذ أنها لم تبين هكذا في نصوص شرعية قطعية بل أتى ذلك في كلام الفقهاء فحسب .

كما نوه قضاء المحكمة - كثيرا - إلى المعلوم من الدين بالضرورة والمعلوم بالضرورة من دين الإسلام هي الأمور التي يستوى فيها عامة الناس وخاصتهم كمعرفة وحدانية الله عز وجل وأن الصلاة من دين الإسلام وأن قتل النفس محرم الخ .

وهذا المفهوم كذلك فقهي - طبقا لكلام المفرقين - إذ لم يرد في نصوص قطعية .

كما أشار قضاء المحكمة - كذلك - عند النظر والاجتهاد فى النصوص الظنية وإعادة النظر فى اجتهاد الفقهاء الأولين ، إلى تحرى مناهج الاستدلال على الأحكام العملية والقواعد الضابطة لفروعها .

وما من شك فى أن هذه القواعد وتلك الضوابط والمناهج ما وضعها إلا الفقهاء الأقدمون .

٤ - أننا لا نسلم بأن مبادئ الشريعة الإسلامية هى - وحدها - النصوص قطعية الثبوت والدلالة أو أن النصوص الظنية لا تحوى هذه المبادئ لأن هذا إعراض عن تحرى مناهج الاستدلال وكون النصوص يفسر بعضها بعضا - كما سنذكر بعد ذلك - كما لا نسلم بالتفرقة المبتدعة بين الشريعة والفقه إلا من حيث الاصطلاحات أما من حيث المعنى فإن الفقه من الشريعة ومن يرد الله به خيرا يفقهه فى الدين ^(١) .

كما لا يصح القول بأن مبادئ الشريعة لها مصادرها - قرآن وسنة - قطعية الثبوت والدلالة وأن الفقه له مصادره الأخرى كالإجماع والقياس . . . الخ ، فهذا تقسيم ليس عليه إثارة من علم ولا يدعمه الواقع والواجب فى مثل هذا القضاء أن تستشير المحكمة أهل العلم الشرعى المعتبرين بدلا من اللجوء إلى هذا التقسيم التى لا يوافق النصوص القطعية ذاتها بل تردده .

(١) صحيح البخارى بحاشية السندى الجزء الأول ، كتاب العلم ، باب من يرد الله به

خيرا يفقهه فى الدين ط دار إحياء الكتب العربية ص ٢٤ .

واستشارة أهل العلم فى ذلك ليس بقادح فى قضاء المحكمة وإنما يزين قضائها ويجعله أقرب إلى الصواب والحق .

وفى الحقيقة فإن كل مسألة من المسائل التى طرحناها وعرضنا لها فى التعليق على قضاء المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن تحتاج إلى كثير من التفصيل وإنما أردنا إلقاء نظرات سريعة - فحسب - على هذا القضاء وربما لو أتسع لنا المقام لسردنا الأدلة الشرعية المعتبرة على ما ذهبنا إليه وعسى أن نتمكن من استدراك ذلك فى موضع آخر .

وسوف نتحدث بعد ذلك عن النصوص الظنية وحجيتها وأثرها فى التشريع فى الفرع التالى إن شاء الله تعالى .

الفرع الثانى النصوص الظنية وأثرها فى التشريع

إن نصوص الشريعة الإسلامية لا يمكن أن تكون بمعزل عن بعضها ولا يقول بذلك إلا من ليس له حظ ولا نصيب فى فهم الشريعة الإسلامية لأن الله لم يتعبد الناس بأن هذا قطعى وهذا ظنى وإنما قال " ادخلوا فى السلم كافة ولا تتبعوا خطوات الشيطان " (١) .

وأن هذا التقسيم - الشاذ - ليس من الدخول فى السلم كافة ، كما أنه يخالف المنطق السليم والضوابط اللازمة فى فهم نصوص الشريعة .

فالنصوص الشرعية لا يمكن أن تؤتى ثمارها مع وجود هذا التباعد إذ لابد من فهم النصوص الشرعية من خلال النصوص الشرعية أو ما تدل عليه أو تدعو إليه إذا لابد من توضيح هذا الأمر لأن هذا هو مقصد الشرع الكريم وهو الذى يؤدى إلى صون الشريعة وحماية مقاصدها لا القطعى أو الظنى .

قال ابن كثير رحمه الله : " إن أصح الطريق فى ذلك أن يفسر القرآن بالقرآن فما أجمل فى مكان بسط فى مكان آخر " (١) مثال ذلك قوله تعالى :

(١) البقرة الآية رقم : ٢٠٨ .

(٢) تفسير القرآن الكريم للحافظ بن كثير الجزء الأول - دار إحياء الكتب العربية - المقدمة ص ٣ .

[والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء] ^(١) .

فسرت المطلقات بالمدخول بهن في قوله تعالى : [يأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها] ^(٢) ، وأشبه ذلك كثير في كتاب الله فإن لم نجد في القرآن ففي السنة فإنها شارحة للقرآن وموضحة له بل قال الشافعي رحمه الله . كل ما حكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو مما فهمه من القرآن . قال الله تعالى : [إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراكم الله ولا تكن للخائنين خصيما] ^(٣) .

وقال تعالى : [وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفكرون] ^(٤) .

ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " ألا إني أوتيت القرآن ومثله معه " يعني السنة ثم قال " ألا يوشك رجل شبعان على أريكته يقول : عليكم بهذا القرآن ، فما وجدتم من حلال فأحلوه ، وما وجدتم فيه من حرام فحرموه . . . الحديث ^(٥) ، والسنة أيضا تنزل بوحي كما ينزل القرآن إلا أنها لا تتلى كما يتلى القرآن " ^(٦) .

(١) سورة البقرة الآية رقم : ٢٢٨ .

(٢) سورة الأحزاب الآية رقم : ٤٩ .

(٣) سورة النساء الآية رقم : ١٠٥ .

(٤) سورة النحل الآية رقم : ٤٤ .

(٥) بن كثير مرجع سابق ذات الموضع .

(٦) الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده ١٣١/٤ ط دار الحديث ١٤١٦هـ -

١٩٩٥م .

فما الوحي نوعا متلو وهو القرآن وغير متلو وهو السنة ، ثم أن القواعد الفقهية المعروفة مستقاة من السنة جميعها كقاعدة المشقة تجلب التيسر ، والضرر يزال إلى غيرها من القواعد الأخرى ^(١) .

والسنة من القرآن بمكان حيث أنها - رغم ظنية جملتها - إلا أنها فى المرتبة الثانية فى الاحتجاج كما أنها تأتى مبينة وشارحه لما جاء فيه كتلك الآثار التى تبين الأمور التى أجملت فى القرآن الكريم كالأمر بإقامة الصلاة فى القرآن من غير بيان ، فجاءت السنة وبينت كل هذا بيانا واضحا ، وقد تكون مقيدة لمطلق القرآن الكريم كبيان يد السارق التى تقطع وموضع القطع كما تجئ السنة مخصصة لعموم القرآن كقوله تعالى : " وأحل لكم ما وراء ذلكم " أى من النساء فجاءت السنة تخصص هذا العموم بقوله صلى الله عليه وسلم " لا تتكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم " فإن لم يكن هذا النص - رغم ظنيته - من مبادئ الشريعة الإسلامية وأصولها فأين إذا المبادئ والأصول ^(٢) .

(١) راجع فى ذلك شيخنا الأستاذ الدكتور / محمد إبراهيم الحفناوى - دراسات أصولية فى السنة النبوية - مكتبة الإشعاع الفنية ط ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م ص ٤٢ وما بعدها .

(٢) راجع فى مصادر التشريع الإسلامى أستاذنا د . رمضان الشربناصى - المدخل لدراسة الفقه الإسلامى - ط الثالثة مطبعة الأمانة ١٤٠٥ هـ - ص ١٦٦ وما بعدها ، النظريات العامة فى الفقه الإسلامى ، مذكرات لطلبة دبلوم الشريعة الإسلامية ، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية عام ١٩٩٤ م ص ٥ وما بعدها .

كما يعد الإجماع - كذلك - مصدرا من مصادر التشريع الإسلامى إذ هو ليس مضدرا للفقہ - فحسب - وليس كذلك بالنسبة لمبادئ الشريعة فالإجماع وهو اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم فى عصر من العصور على حكم شرعى فى عصر غير عصر النبى صلى الله عليه وسلم . وخاصة الإجماع القديم إجماع الصحابة الذين شاهدوا قرائن وأحوال اختصوا بها دون غيرهم ، ولما لهم من الفهم التام والعلم الصحيح والعمل الصالح لاسيما علماؤهم وكبراؤهم كالأئمة الخلفاء الراشدين المهديين والعلماء المهتدين كابن مسعود وابن عباس وغيرهم فلا يجوز ترك قولهم لمجرد أنه قول فإنهم اختصوا بما ليس لغيرهم .

كما تفسر النصوص الشرعية بلغة العرب فإنها هى التى نزل بها القرآن وبها كان يفسر فمن هذا وغيره تأخذ مبادئ الشريعة وتضان مقاصدها أما قصرها على جملة من النصوص لا تعالج إلا شيئا يسيرا من حياة الناس وإهدار عامة نصوص الشريعة التى يجب العمل بها فضلا عن فتح المجال لكل شارد ووارد ينظر فى النصوص الشرعية فيأخذ ما شاء ويترك ما شاء ، فهذا من الخطورة بمكان ، وهو الأمر الذى وقع بالفعل فوجدنا أناسا لم يحصلوا أدنى أدوات الاجتهاد ومع ذلك يردون النصوص الصحيحة الصريحة بدعوى أنها ظنية الثبوت أو الدالة وقد لا يدري ما معنى قطعى وظنى .

فقد كان حريا بمحکمتنا - العليا - أن تنظر فى النصوص كلها لأن هذا هو النظر الصحيح دون أن تفرق خاصة وأن التفرقة الأصولية الفقہية لم تمنع من العمل بها بل إن العمل بها أقدم من هذه التفرقة بين القطعى

والظنى إذ أنه من المعلوم أن تدوين علم الفقه كان قبل تدوين علم أصول الفقه كما أن العمل بالفقه أقدم من كل ذلك .

ومما يشعر بخطورة الأمر أن هذا القضاء عدّ مبدأ من المبادئ التى أستقر عليها قضاء المحكمة وأصبح مطردا عليه دون مراجعة ، مع أن الحق قديم والحق أحق أن يتبع .

وبناء على هذا القضاء فإن نص المادة الثانية - بذلك - لا يكون قد حقق إلا نسبة ضئيلة جدا - غير مملوسة - من الآمال التى كانت معقودة عليه يوم وضع ويوم عدل وبالتالي فإن الأمر يحتاج إلى مراجعة وسوف نعرض لبعض المقترحات فى خاتمة البحث إن شاء الله تعالى .

الفرع الثالث

قضاء المحكمة في الترجيح بين المذاهب الفقهية

ورأينا في الموضوع

سوف نتناول بالحديث هنا - مسألة هامة تناولها قضاء المحكمة الدستورية العليا في تطبيقها للمادة الثانية من الدستور ، وهي ما تتعلق بشأن الاجتهاد الفقهي والترجيح بين المذاهب الفقهية ، وسوف نعرض لرأينا في هذا القضاء وذلك على النحو التالي :

أولاً - اتجاه المحكمة في الترجيح بين المذاهب الفقهية :

ذهبت المحكمة الدستورية العليا في قضائها المطرد إلى أن الشريعة الإسلامية لا تمنح أقوال أحد من الفقهاء في شأن من شئونها قدسية تحول دون مراجعتها وإعادة النظر فيها، بل وإبدالها بغيرها. فالآراء الاجتهادية في المسائل المختلف عليها ليس لها في ذاتها قوة متعدية لغير القائمين بها، ولا يجوز بالتالي اعتبارها شرعاً ثابتاً منفرداً لا يجوز أن ينقض، وإلا كان ذلك نهياً عن التأمل والتبصر في دين الله تعالى، وإنكار الحقيقة أن الخطأ محتمل في كل اجتهاد، بل إن من الصحابة من تردد في الفتيا تهيباً. ومن ثم صرح القول - كما تقول المحكمة - بأن اجتهاد أحد من الفقهاء ليس أحق بالإتباع من اجتهاد غيره، وربما كان أضعف الآراء سنداً أكثرها ملائمة للأوضاع المتغيرة، ولو كان مخالفاً آراءً أُنشِطَ عليها العمل

زمننا ، وتلك هي الشريعة الإسلامية في أصولها ومناقبها متطورة بالضرورة
نابذة للجمود ... (١) .

وسوف نعرض لرأينا بخصوص هذا القضاء المطرد من المحكمة
وكانه من المسلمات التي لا خلاف فيها البتة وذلك فيما يلي .

ثانيا - رأينا في اتجاه المحكمة في الترجيم بين المذاهب :

سوف نعرض لرأينا في هذا القضاء في عدة نقاط على النحو
التالى :

١ - بنت المحكمة الدستورية العليا قضائها المطرد في هذا الشأن
على تفسيرها السابق لمبادئ الشريعة الإسلامية وقصرها على النصوص
قطعية الثبوت والدلالة فحسب .

٢ - أشارت المحكمة إلى اجتهادات الفقهاء على أنها جهد عقلى بما
لا يحول من النظر فيه ومراجعته ، وهذا يمكن التسليم به - وإن كان بعيدا -
إذا كان الاجتهاد مرده ومستنده إلى رأى فحسب أما إذا كان مستندا إلى أدلة
شرعية وقواعد أصولية وضوابط فقهية فلا يمكن التسليم بهذا القضاء ، بل
يعد ذلك خلطا بين نوعى الاجتهاد ، مع أن الاجتهاد كما هو معلوم من معناه لا
يقوم به إلا من توافرت فيه شروط خاصة ، ولم يكن الأمر متروكا للجميع
- كما هو الحال الآن - ليجتهد ويأصل ويقعد ، كما لابد في الاجتهاد من
مراعاة الضوابط المذكورة سلفا .

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٨ لسنة ٧ ق دستورية
جلسة ١٨ مايو ١٩٩٦ م .

٣ - القول بأن كل اجتهاد محتمل فيه الخطأ ، قول يعوزه الدليل لأن الاجتهاد المبني على الدليل الشرعي - كتابا وسنة - لا يتطرق الشك إلى صحته ولا يحتمل فيه الخطأ بأي حال ، لكن الذي أدى إلى ذلك في هذا القضاء هو النظر للنصوص الظنية بأنها قابلة للاجتهاد أيا كانت هذه النصوص حتى لو أتبع المجتهد في اجتهاده فيها الضوابط الشرعية والقواعد الأصولية في استنباط الأحكام ^(١) .

٤ - القول بأن اجتهاد أحد من الفقهاء ليس أحق بالإتباع من اجتهاد غيره ، قول غير صحيح إذ يردده الشرع والفطر السليمة ، لأن الاجتهاد الذي يعتمد على دليل أو يكون في إطار ذلك الدليل يكون أولى وأحق بالاتباع كما أن الفهوم متفاوتة ومتباينة في هذا الجانب فقد سئل عليا - رضي الله عنه - هل خصكم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بشيء - يعني آل بيته - فقال لا إلا فهما يؤتاه الرجل في كتاب الله عز وجل .

٥ - ليس أضعف الآراء سنداً أكثرها ملائمة للأوضاع المتغيرة لأن أصحاب هذه الآراء قد أسسوها ظناً منهم أنها تستند إلى دليل شرعي ولو ظن

(١) راجع في الاجتهاد المراجع التالية : شرح الكوكب الساطع نظم جمع الجوامع للسيوطي الجزء الثاني بتحقيق شيخنا الدكتور / محمد إبراهيم الحفناوي - مكتبة الإشعاع الفنية ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م ص ٣٩١ وما بعدها ، أصول الفقه الإسلامي - للدكتور / محمد كمال إمام - دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٦ م - ص ٣٠٨ وما بعدها ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي لأستاذنا الدكتور / رمضان الشربناصي - مطبعة الأمانة ١٤٠٥ هـ - ص ٢٥٣ وما بعدها .

الواحد منهم أنه يخالف الدليل الشرعى ما أصل ولا أجتهد أصلا ، فهذا أبو حنيفة ، رحمه الله يقول : " إذا صح الحديث فهو مذهبي " ويقول مالك رحمه الله " كل يؤخذ من قوله ويرد إلا صاحب هذا القبر " وأشار إلى قبر النبي صلى الله عليه وسلم .

وهذا الشافعى يقول "إذا رأيت قولى يخالف حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعملوا بحديث رسول الله وأضربوا بقولى عرض الحائط . والإمام أحمد معلوم إتباعه للسنة بل هو إمام أهل السنة والجماعة . فمن أين يصح القول بأن أضعف الآراء سندا - دليلا - قد يكون أكثرها ملاحمة هذا لا يصح .

وما انتهت إليه المحكمة فى قضائها هذا مرده إلى تفسيرها لمبادئ الشريعة وتضييقها لها ، ولو أنها لم تحجر واسعا لما انتهت إلى ما انتهت إليه ^(١) .

(١) كنا نود عرض قضاء المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٨ لسنة ٧ ق دستورية للنظر كيف توصلت المحكمة إلى نتيجة غريبة فيما يتعلق بحجاب المرأة المسلمة ولكن الوقت لم يتسع لذلك فانتظر هذه القضية فى الجزء السابع من أحكام المحكمة الدستورية العليا ص ٦٥٦ وما بعدها .

المبحث الثالث

قضاء المحكمة الدستورية العليا

بشأن القوانين غير المخالفة للشريعة

تمهيد :

إن ما نغنيه - هنا - بالحديث ليس القوانين المستمدة من الشريعة فإن هذه النصوص لا شك في شرعيتها وموافقتها للمادة الثانية من الدستور التي جعلت مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع ، ولكن ما نغنيه - هنا - هو النصوص القانونية غير المستمدة من الشريعة الإسلامية وإن لم تكن مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية ، حيث أن للمحكمة اتجاه في هذا الشأن سوف نعرض له ، وذلك في مطلبين على النحو التالي :

- **المطلب الأول : اتجاه المحكمة بشأن النصوص غير المستمدة من الشريعة الإسلامية .**
- **المطلب الثاني : نظرات في قضاء المحكمة بهذا الشأن .**

المطلب الأول

قضاء المحكمة الدستورية بشأن النصوص

غير المستمدة من الشريعة

إن قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأن النصوص غير المستمدة من الشريعة الإسلامية وإن لم تكن مخالفة لها - إنما هو - مبنى ومستقى من

قضائها السابق. بشأن تفسير مبادئ الشريعة الإسلامية وأنها هي النصوص
قطعية الثبوت والدلالة - فحسب - لا الشريعة في عمومها وشمولها .

فبينت المحكمة الدستورية العليا بقضائها في شأن المادة الثانية من
الدستور أن النصوص القانونية ثلاث :

١ - نصوص لاحقة على تعديل الدستور وهذه لابد فيها من الإلتزام
بالقيد الدستوري بمراعاة الأصول الكلية للشريعة الإسلامية إذ هو جوهر
بنيانها وركيزتها .

٢ - النصوص السابقة على التعديل وهذه - وفقا لقضاء المحكمة -
لا ينطبق عليها هذا القيد ولو كانت مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية
وأصولها المقطوع بثبوتها ودالاتها فهذه النصوص لا تمتد الرقابة على
الشرعية الدستورية التي تباشرها المحكمة في مجال تطبيقها للمادة الثانية من
الدستور إليها .

٣ - النصوص غير المخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية العامة وإن لم
تكن مستمدة من الشريعة فهذه النصوص قضت المحكمة بدستوريتها
وأعتبرت أن استمداد تلك النصوص مباشرة من مبادئ الشريعة الإسلامية
ليس لازما ، بل يكفي ألا تعارضها وطالما أن هذه النصوص ليست مخالفة
لأحكام الشريعة فلاشك في استمرار سريانها وعدم جواز القول ببطلانها إذ أن
عدم استناد بعض القوانين لأحكام الشريعة الإسلامية ، واستنادها إلى مصادر
أخرى غيرها لا يصلح في ذاته سببا لإبطالها ، لأن مناط البطلان - في نظر
المحكمة - هو تعارض أحكام القوانين النافذة مع مبادئ الشريعة الإسلامية

وليس مجرد انتمائها إلى مصدر آخر ^(١) .

وتستطيع أن نخلص من قضاء المحكمة في هذا الجانب أنها ترى دستورية النصوص القانونية التي لا تخالف الشريعة الإسلامية - وفقا لاتجاهها في تفسير المبادئ - وإن كانت غير مستمدة من الشريعة الإسلامية إذ العبرة ليس في الانتماء إلى الشريعة وإن العبرة في عدم مخالفة هذه النصوص لأحكام الشريعة الإسلامية القطعية ثبوتا ودلالة ، ومن ثم فلا يجوز النعى عليها بمخالفتها لمبادئ الشريعة الإسلامية ومن ثم عدم دستوريته وسوف نبين في المطلب التالي تقديرنا لاتجاه المحكمة في هذا الشأن .

(١) راجع قضاء المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٥ لسنة ١٧ ق دستورية

بجلسة ٢٢ / ٣ / ١٩٩٧ م ، القضية رقم ٤٠ لسنة ١٨ ق دستورية بجلسته

٥ / ٤ / ١٩٩٧ م .

المطلب الثانى

نظرات فى قضاء المحكمة بشأن النصوص غير المستمدة من الشريعة الإسلامية

يرى البعض - كما أسلفنا - أن الدستور حرص على تسجيل أهداف أساسية تعمل جماهير الشعب المصرى على بذل كل الجهود لتحقيقها ، وتحمل مسئوليتها فى الحاضر والمستقبل .

من ذلك حرصه على ترسيخ الطابع الإسلامى للدولة المصرية فجاء نص المادة الثانية - كما ذكرنا " الإسلام دين الدولة " بمعنى أنه دين الغالبية العظمى من مواطن الدولة ، فإن لكل مجتمع مقوماته ، فهى تمثل ماضية وتعبر عن حاضره وتبلور أخلاقه وتقاليده ، وتحدد آدابه ونظمه ومعتقداته ، لذلك تحرص سلطات الدولة - خاصة فيما يتعلق بالتقنين - أن تكون وثيقة الصلة بالمجتمع مسايرة لحالته الاجتماعية والسياسية والدينية متفقة قوانينها مع عادات هذا المجتمع وتقاليده وآدابه ونظمه ^(١) .

والإسلام شريعة إلهية مصدرها الله عز وجل وهو سبحانه أعلم بشئون عباده وما يصلحهم أو يفسد عليهم حياتهم كما أن الله سبحانه وتعالى أرتضاها لتكون حاكمة وباقية لآخر الزمان فمن ثم لا ينبغى العدول عنها .

(١) أستاذنا د / سامى جمال الدين - القانون الدستورى - مرجع سابق ص ٢١٣ وما بعدها .

والنصوص القانونية غير المستمدة من الشريعة الإسلامية وإن لم تكن مخالفة لها فإنها لا تعبر عن انتماء للهوية الإسلامية التي ارتضتها جماهير الأمة وصاغتتها في دستورها ، ثم أننا لا نوافق المحكمة الدستورية العليا فيما ذهبت إليه وأيدها فيه البعض ^(١) من أن مناط البطلان أو التعديل هو تعارض النصوص النافذة مع مبادئ الشريعة - وفقا لتفسير المحكمة - وليس مجرد انتمائها إلى مصدر آخر .

كما أن هذا الاتجاه ذاته لا يتفق - أصلا - مع النصوص الدستورية إذ أن نص الفقرة الثالثة من المادة الثانية من الدستور صريحة في أن «مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع» وطالما كان الأمر كذلك فإنه لا يجوز العدول عن هذا المصدر المنصوص عليه، والذي أعتبر رئيسيا من بين المصادر الأخرى، والذي حفل به الدستور إلى غيره من المصادر لأن ذلك يعد إعراضا عما جاء مؤكدا عليه في نصوص الدستور الأمر الذي يستوجب البطلان أو التعديل.

بل ينبغي أن يبين ذلك - قضاء - وينص عليه في الأحكام ، وهو أن النص مصدره الشريعة الإسلامية وليس غيرها تعبيرا عن الإنتماء وتأكيدا على الهوية ، كما أن الشريعة غنية وثرية بالأحكام التي تعالج كافة القضايا بل هي - كما ذكرنا - لا يعوزها استخدام مصطلحات الآخرين حتى ولو لم تكن مخالفة لأحكامها .

(١) راجع د / هشام محمد فوزي - المرجع السابق - ص ٢٢٤ وما بعدها .

ولأن هذه المصطلحات وتلك المصادر لا تدل على الانتماء العربى والإسلامى بأى حال من الأحوال .
والحق الذى ينبغى ذكره هو تأكيد المحكمة فى قضائها كثيرا على انتماء النصوص القانونية أو عدم انتمائها - ومخالفتها - للشريعة الإسلامية رغم أن النعى على القانون محل الطعن قد يستند إلى نصوص أخرى غير نص المادة الثانية من الدستور ^(١) .

لذلك فإننا نرى - مع البعض - أن هذا إتجاه محمود من المحكمة إذ رغم تأسيسها قضائها بعدم دستورية نص أو بدستوريته على أسباب أخرى - غير مخالفة الشريعة - فلا بأس أن توضح موقف الشريعة الإسلامية كنوع من التعليم والتدريب لكل من يتطلع ويقرا حكم المحكمة ^(٢) .

ولكننا نرى أن المسألة لا تقتصر على التعليم والتدريب فحسب إذ أنه متعلقة بتطبيق نص المادة الثانية من الدستور .

ويستبين لنا أن المحكمة بنت اتجاهها فى هذا الشأن - النصوص غير المستمدة من الشريعة - على اتجاهها الأول بشأن تفسير مبادئ الشريعة الإسلامية وقصرها على بضعة نصوص فحسب بحسبانها وحدها هى التى تشكل مبادئ الشريعة الإسلامية التى نص عليها الدستور .

(١) انظر أحكامها فى القضية رقم ٦٥ لسنة ٤ ق دستورية جلسة ١٦/٥/١٩٩٢ م ،

رقم ٢٣ لسنة ١٦ ق دستورية جلسة ١٨/٣/١٩٩٥ م .

(٢) د . هشام محمد فوزى - المرجع السابق - ص ٢٣٠ .

وهذه نتيجة منطقية لهذا القضاء ، إذ أنه حتما ولا بد أن تصل المحكمة إلى هذه النتيجة لأنها أغفلت عامة النصوص الأخرى التي - ما من شك - في أنها مع غيرها تشكل مبادئ الشريعة في جملتها .

لذا فإن المحكمة قضت في كثير من أحكامها بعدم مخالفة النصوص القانونية للشريعة الإسلامية ، لأنها خالفت نصوص ظنية - قرآنا أو سنة - ولم تخالف نصوصا قطعية الثبوت والدلالة وهذا حجر على كل اجتهاد قديم في هذه المسائل ، وهذا الاتجاه من المحكمة - بلا شك - قلل من شأن النصوص الأخرى - عند البعض - كما قلل من شأن الاجتهادات الفقهية القديمة والتي حظيت باحترام الآخرين من الشرق ومن الغرب على حد سواء .

خاتمة البحث

بسم الله مساماً

سوف نعرض فى خاتمة بحثنا هذا إلى ما انتهينا إليه فى بحثنا من نتائج وما نراه من توصيات على النحو التالى :

أولاً - نتائج البحث :

١ - أهمية الرقابة الدستورية على القوانين واللوائح وكيف أنها آتت أكلها فى مواطن عديدة خاصة فيما يتعلق بالحقوق والحريات العامة .

٢ - بالنسبة لتطبيق المحكمة الدستورية العليا للمادة الثانية من الدستور فإنه لم يكن على قدر ما بنى على هذه المادة من آمال خاصة بعد تعديلها وقد أخذ هذا التطبيق جوانب عديدة إلا أنها جميعها لم تشفى غليلاً ولم ترو غليلاً فى هذا الجانب .

٣ - لم يتغير الوضع كثيراً بعد تعديل المادة الثانية من الدستور فى ٢٢ مايو ١٩٨٠م حتى بعد ما عرض الأمر على المحكمة الدستورية العليا التى ذهبت إلى استخلاص قصد سلطة التعديل من خلال النظر فى تقرير اللجنة العامة لمجلس الشعب ، بدلا من أعمال نص الدستور الصريح والذى لا يحتاج إلى معرفة نوايا وقصود طالما جاء النص صريحا واضحا .

٤ - قسمت المحكمة الدستورية العليا فى تطبيقها لأحكام المادة الثانية من الدستور - قسمت - النصوص القانونية إلى ثلاثة أقسام :

أ (النصوص القانونية النافذة قبل صدور الدستور أو تعديله وهذه لا يسرى عليها التعديل ولا يلزمها القيد الذي فرضته المادة المذكورة ولا ينعى عليها - بالتالى - بعدم الدستورية بحال من الأحوال ولو خالفت نصوص ومبادئ الشريعة الإسلامية القطعية الثبوت والدلالة - كما ذهبت المحكمة - وذلك دون تحديد مدة زمنية ملزمة لسلطات الدولة بتعديل هذه النصوص حتى تكون متسقة مع أحكام الدستور رغم أن تقرير اللجنة العامة الذى اعتمدت عليه المحكمة لا يعين على فهم ذلك ولا يوصل إلى هذه النتيجة بحال من الأحوال .

ب (النصوص القانونية التى صدرت بعد تعديل الدستور ١٩٨٠م ، وهذه - وحدها - التى يلزمها القيد الذى أتت به المادة الثانية من الدستور فينبغى أن تكون موافقة لمبادئ الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت والدلالة وإلا نعى عليها بعدم الدستورية .

ج - (النصوص القانونية غير المخالفة للشريعة حتى ولو كانت غير مستمدة منها ، فهذه - كذلك - لا ينعى عليها بعدم الدستورية إذ أن مناط عدم الدستورية - فى قضاء المحكمة - ليس لأنها غير مستمدة من الشريعة وإنما مناط عدم الدستورية هو التعارض مع مبادئ الشريعة .

ه - فسرت المحكمة مبادئ الشريعة الإسلامية التى ورد النص عليها فى المادة الثانية من الدستور بأنها النصوص قطعية الثبوت والدلالة فحسب دون الاعتداد بغيرها ، ولا يخفى ما فى هذا التفسير من الأجحاف والبعد عن الحقيقة خاصة وأن النصوص الظنية - هى الأخرى - قد أتت

بمبادئ الشريعة ولا يمكن فهم النصوص القطعية بمعزل عن النصوص الظنية .

٦ - ذهب المحكمة الدستورية العليا فى قضائها إلى أن النصوص الظنية - كلها - قابلة للاجتهاد رغم أننا لا ندري هل نجتهد فى السند أم نجتهد فى المتن أم فيهما رغم ما فى هذا الاجتهاد من هدم لبنيان هذه النصوص وتجربة لمن لا يملكون أدنى أدوات الاجتهاد للنظر فيها بحجة أنها نصوص ظنية وهذا قول محدث لم يقل به أحد من الفقهاء قبل ذلك إذ أن النصوص الظنية الصحيحة الثابتة سندا أو متنا معمول بها منذ زمن الصحابة وتلقاها الأمة بالقبول ولم يقل أحد أنها تحتاج إلى إعادة اجتهاد على مدار الأزمنة والعصور .

٧ - ذهب المحكمة - فى قضائها - إلى القول بأنه لا يصح القول بأن اجتهاد أحد الفقهاء أحق بالاتباع من اجتهاد غيره ، وربما كان أضعف الآراء سندا أكثرها ملائمة للأوضاع المتغيرة ، وهذا القول لو قدر وبعث أحد الفقهاء ما قال به بأى حال من الأحوال ، إذ أن الترجيح بين أقوال العلماء إنما مرده لإتباع الدليل فكلما كان الاجتهاد يدعمه الدليل كان أول وأحرى بالقبول ، فلا بد إذا من صحة السند - وليس ضعفه - ليجتهد المجتهد وهو يدور مع الدليل حيث دار وأقرب المذاهب إلى الحق أكثرها إتباعا للدليل الصحيح ، أما القول بأن أضعف الآراء سندا قد يكون أكثرها ملائمة للواقع والأوضاع المتغيرة فإن هذا لا يمكن التسليم به لأن شريعة الله أنزلت للإنسان والإنسان هو لم يتغير كإنسان ، كما أن الفقهاء الذين لا تستند أقوالهم - أحيانا - إلى أسانيد صحيحة قد تبرؤوا من هذه الأقوال وحذروا الأمة من إتباعهم عليها كما ذكرنا آنفا .

٨ - أن المحكمة لم تعطى مدة زمنية محددة للبرلمان كي يقوم بتعديل النصوص المخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية وجعلت أن ما عليه هو محض مسئولية سياسية - فحسب - بحجة أن الدستور لم ينص على هذه المدة .

ولا يخفى أن هذا الاتجاه يعطى للبرلمان سلطة مراقبة دستورية القوانين واللوائح التي أنيطت بالمحكمة كما يعطى له الحق في تعديلها أو عدم تعديلها فإن أراد أن يعدلها فله أن ينظر فيها في أى وقت شاء .

٩ - أبت المحكمة أن تجعل من مبادئ الشريعة الإسلامية قواعد قانونية بذاتها لا تحتاج إلى تشريع رغم أنها خالفت هذا الاتجاه في كثير من قضائها إذ أنها قضت بعدم دستورية نصوص قانونية لمخالفتها لمبادئ الشريعة رغم عدم تقنين هذه المبادئ .

١٠ - لم تحدث المادة الثانية من الدستور المصرى ١٩٧١م والمعدلة فى ١٩٨٠م أى تغيير جذرى فى الحياة الاقتصادية والسياسية والقانونية فى المجتمع المصرى ولم يتغير من الأمر شيء - كما ذكر البعض - ^(١) وظلت النصوص والمصادر التى تنقل من النظم الأجنبية تزامم الشريعة الإسلامية فى مجال التشريع .

(١) أ . د / سعد عصفور - النظام الدستورى المصرى - دستور ١٩٧١م - منشأة

المعارف ١٩٨٠ ص ٣٤ .

١١ - أنكرت المحكمة اعتبار اجتهاد الأولين له قدسية وأن الخطأ محتمل في كل اجتهاد مع أن هذا لا يصح بكل حال وطالما حصلت أدوات الاجتهاد وتم الالتزام بالضوابط الشرعية فلا بد أن يقع الاجتهاد موافقا لحكم الله ورسوله في المسألة . ومع ذلك - الإنكار - فقد استخدمت المحكمة كل مصطلحات الفقهاء كالمعلوم من الدين بالضرورة أو مناهج الاستدلال ، النصوص القطعية والظنية وكل هذا لم يعرف إلا من قبل الاجتهاد .

١٢ - التفرقة بين الشرعي والفقهى - كما ذكرنا - تفرقة محدثة مبتدعة لم يقل بها أحد من أهل العلم المعتبرين فالفقه هي ابن الشريعة والشريعة قد أمرت بالفقه ومن يرد الله به خيرا يفقهه في الدين .

ثانيا - توصيات الباحث :

من الواضح أن المادة الثانية من الدستور - حتى بعد التعديل لم تحرك ساكنا ولم تسكن متحركا ، وجاء تطبيقها قضائيا كذلك ليؤكد هذا المعنى لذا فإننا نوصى ببعض الأمور التي ربما تؤدي إلى شيء من الفاعلية ونقترح بعض المقترحات التي استخلصناها من نتائج هذه الدراسة وذلك على النحو التالي :

(١) بالنسبة لتعديل القوانين السابقة على تعديل المادة الثانية من الدستور لتكون متوافقة مع أحكامها فإننا نرى - مع البعض - إضافة فقرة إلى نص المادة الثانية من الدستور ١٩٧١م يحدد فيها مدة زمنية يتم خلالها تعديل القوانين الصادرة قبل ٢٢ مايو ١٩٨٠ بحيث تكون متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية على أنه بعد فوات هذه المدة يجوز الطعن على المخالف منها - بعد ذلك - بعدم الدستورية .

(٢) ينبغي على المحكمة الدستورية العليا وهي تنظر فيما يتعلق بالمادة الثانية من الدستور ألا تقصر مبادئ الشريعة الإسلامية على النصوص قطعية الثبوت والدلالة لأن هذا القصر يؤدي إلى أزمة في جميع المجالات إذا ما أردنا أن نستقي - حقيقة - النصوص القانونية من أحكام الشريعة ، خاصة وأن كثيرا من النصوص القطعية الثبوت والدلالة تتعلق بمسائل خاصة كأمور الأسرة وهذه لا تمثل المبادئ الكلية للشريعة الإسلامية .

(٣) نقترح في مثل هذا المجال - مبادئ الشريعة - أن لا يكون قضاء المحكمة مطردا على حالة واحدة لأن عدم الاطراد يعطى المحكمة فرصة لمراجعة نفسها " فالحق أحق أن يتبع " أما إطراد القضاء مرة بعد مرة يصيره إلى مبدأ عام لا تستطيع المحكمة بعد ذلك أن تخالفه .

(٤) نص القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م بشأن المحكمة الدستورية العليا في مادته الرابعة على أن يختار أعضاء المحكمة الدستورية العليا من بين فئات أوضحتها المادة السابقة بأنها :

- ١ - أعضاء المحكمة العليا .
- ٢ - أعضاء الهيئات القضائية .
- ٣ - أساتذة القانون الحاليين والسابقين بالجامعات المصرية ممن أمضوا في وظيفة أستاذ ثمانى سنوات متصلة على الأقل . . . ومع تقديرنا للسادة أعضاء الهيئات القضائية فإننا نرى دمج خبرة أساتذة القانون بالجامعات المصرية في التأصيل والتفعيد ، خاصة من اشتهر منهم وعلم من حاله عناية خاصة بأحكام الشريعة الإسلامية ، كما أن هناك جانب من

الأساتذة مفعول عنهم تماما فى هذه الناحية - وفى غيرها - وهم أساتذة القانون فى كليات الشريعة والقانون وخاصة الرعيل الأول منهم فهؤلاء لاشك فى خبرتهم فيما يتعلق بأحكام الشريعة الإسلامية .

(٥) نرى أنه من الأفضل فيما يتعلق بمبادئ الشريعة الإسلامية أن نستأنس المحكمة الدستورية بأخذ رأى مجموعة من علماء الشريعة - البعض يدعو إلى أخذ رأى المفتى - فهم أهل الخبرة ومن يملك ناصية القول فى هذا الجانب ، وليس هناك ما يمنع من أن يكون للمحكمة مستشارين من علماء الشرع والدين نستعين بهم فى بيان وجه الرأى فى قضائها وهذا الرأى ليس بغريب ولا جديد إذ أن عامة المحاكم فى جهتى القضاء - العادى والإدارى - تلجأ إلى أخذ رأى أهل الخبرة واستشارتهم ومكاتب الخبراء المنتشرة فى وزارة العدل .

وفى الختام أسأل الله أن يجعل ذلك فى موازين حسناتى يوم تزل الأقدام وأن يكون لبنة فى بناء صرح مصرنا الإسلامية المباركة ، كما أرجو أن ينتفع به كل من طالعة ، وأن يجد قبولا عند قارنه إنه على كل شيء قدير وبالإجابة جدير .

والحمد لله أولا وأخرا .

وصلى الله وسلم وبارك على عبده ونبيه ومصطفاه
محمد وعلى آله وصحبه ومن أتبع هداه .

مراجع البحث

- ١- ابن كثير- تفسير القرآن العظيم- دار إحياء الكتب العربية المجلد الأول - بدون سنة نشر.
- ٢- جلال الدين السيوطي ت ٩١١هـ :
شرح الكوكب الساطع نظم - جمع الجوامع - الجزء الثاني -
بتحقيق فضيلة الدكتور / محمد إبراهيم الحفناوى - مكتبة
الإشعاع الفنية ١٤٢٠ هـ .
- ٣- حافظ عباس :
المحكمة الدستورية العليا نشأتها - اختصاصاتها - تشكيلها -
مجلة النيابة الإدارية العدد الثالث يناير ١٩٩٩ م .
- ٤- د . داود الباز :
القضاء الإدارية - دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية - الجزء
الأول ١٩٩٥م بدون ناشر .
- ٥- د . رمضان الشريناوى :
المدخل لدراسة الفقه الإسلامى - ط ثالثة مطبعة الأمانة ١٤٠٥هـ.
النظريات العامة فى الفقه الإسلامى مذكرات على الآلة الكاتبة لطلبة
دبلوم الشريعة الإسلامية بحقوق الاسكندرية عام ١٩٩٤ - ١٩٩٥م.
- ٦- د . سعد عصفور :
النظام الدستورى المصرى دستور ١٩٧١م- منشأة المعارف ١٩٨٠م.
- ٧- د . عبد الحميد متولى :
الشريعة الإسلامية - مصدر أساسى للدستور - تقديم فضيلة
الإمام الأكبر الدكتور/عبدالحليم محمود- منشأة المعارف ١٩٧٥م.

- ٨ - د . فؤاد النادى :
القضاء الإدارى وإجراءات التقاضى ، وطرق الطعن فى
الأحكام الإدارية ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م بدون ناشر .
- ٩ - د . ماجد راغب الحلو :
القانون الدستورى - دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٣ م .
- القضاء الإدارى - دار المطبوعات الجامعية - ١٩٨٥ م .
- ١٠ - د . محمد إبراهيم الحفناوى :
دراسات أصولية فى السنة النبوية - مكتبة الإشعاع الفنية
١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م .
- ١١ - د . محمد عبد العال السنارى :
القانون الدستورى ونظرية الدولة والحكومة - بدون ناشر
٢٠٠٣ م .
- ١٢ - د . محمد كمال إمام :
أصول الفقه الإسلامى - دار المطبوعات الجامعية
١٩٩٦ م .
- ١٣ - د . محمود سامى جمال الدين :
القانون الدستورى والشرعية الدستورية على ضوء قضاء
المحكمة الدستورية العليا - حتى نهاية عام ٢٠٠٠ م بدون
ناشر ٢٠٠١ م .
- القضاء الإدارى - الكتاب الأول ط الثالثة ٢٠٠٢ م - أبو
العزم للطباعة .

١٤- محمد بن إسماعيل البخارى «الإمام»:
الجامع الصحيح بحاشية السندى- دار إحياء الكتب العربية-
المجلد الأول.

١٥- د . هشام محمد فوزى :
رقابة دستورية القوانين - دراسة مقارنة بين أمريكا ومصر
- رسالة دكتوراه نشرها مركز القاهرة لدراسات حقوق
الإنسان ١٩٩٩م .

١٦- أحكام المحكمة الدستورية العليا .

١٧- مجلة النيابة الإدارية العدد الثالث يناير ١٩٩٩م .

الفهرس

الصفحة

الموضوع

٥	بين يدى البحث
٩	المقدمة
	المبحث الأول : قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأن القوانين
١٧	واللوائح السابقة على تعديل الدستور
	المطلب الأول : اتجاه المحكمة فى الرقابة على القوانين
١٧	السابقة على تعديل الدستور
	المطلب الثانى : نظرات فى قضاء المحكمة الدستورية
٢٤	العليا فى هذا الشأن
	الفرع الأول : رأى بعض شراح القانون الدستورى
٢٤	فى قضاء المحكمة
٣٠	الفرع الثانى : رأينا فى اتجاه المحكمة
	المبحث الثانى : اتجاه المحكمة الدستورية العليا بشأن مبادئ
٣٦	الشريعة الإسلامية
	المطلب الأول : قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأن
٣٧	مبادئ الشريعة الإسلامية
	المطلب الثانى : تقدير قضاء المحكمة فى تفسيرها
٤٢	لمبادئ الشريعة الإسلامية

الصفحة

الموضوع

	الفرع الأول : نظرات فى اتجاه المحكمة الدستورية
٤٣	العليا بشأن تفسير مبادئ الشريعة
٤٨	الفرع الثانى : النصوص الظنية وأثرها فى التشريع
	الفرع الثالث : قضاء المحكمة فى الترجيح بين
٥٣	المذاهب الفقهية ورأينا فى الموضوع
	المبحث الثالث : قضاء المحكمة الدستورية العليا بشأن القوانين
٥٧	غير المخالفة للشريعة
	المطلب الأول : قضاء المحكمة الدستورية بشأن النصوص
٥٧	غير المستمدة من الشريعة
	المطلب الثانى : نظرات فى قضاء المحكمة بشأن النصوص
٦٠	غير المستمدة من الشريعة الإسلامية
٦٤	الخاتمة
٧١	المراجع
٧٤	الفهرس